

NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l´echange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2019

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 39.1 — Jan./jun. 2019

Editora Chefe
Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente
Eric de Moraes e Dantas

Conselho Editorial
Ana Maria D'Ávila Lopes
António José Avelãs Nunes
Carmen Lopez-Rendo Rodriguez
Denise Lucena Cavalcante
Elizabeth Salmón
Eros Grau
Eric Canal-Forgues
Federico Di Bernardi
Fernando Araújo
Fernando Facury Scaff
Francisco Queiroz Cavalcanti
Frédérique Coulée
Giovanni Luchetti
Giovanni Moschetti
Hugo de Brito Machado
Jefrrey Owens
João Luís Nogueira Matias
Jorge Miranda
José Luís Caballero
Juarez Freitas
Júlia Motte-Baumvol
Luís M. Alonso Gonzáles
Paulo Bonavides
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
Willis Santiago Guerra Filho
Wolf Paul

Equipe editorial
Carla Maria Barreto Gonçalves
Isabelly Cysne Augusto Maia
Larissa Rocha de Paula Pessoa
Thiago do Vale Cavalcante

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.
V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.
ISSN — 1807-3840
1 — Direito-periódico.
1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

SOBRE OS AUTORES

Anízio Pires Gavião Filho

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP.

André Filipe Pereira Reid Dos Santos

Doutor em Ciências Humanas pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Atualmente é professor e pesquisador do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pesquisando e lecionando os seguintes temas no mestrado e doutorado e na graduação: sociologia e antropologia do direito, profissões jurídicas, ensino do direito, desigualdades sociais, acesso à justiça, criminalização da pobreza, arte-protesto, sociedade de consumo, racismo no Brasil, movimentos sociais, cultura política brasileira e violências de gênero. Os temas de pesquisa são desenvolvidos, geralmente, a partir das teorias de Pierre Bourdieu e Norbert Elias.

André Luis Cateli Rosa

Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A, Administrador e Advogado sócio-fundador do Escritório Cateli & Bordenal. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas. Professor dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos ? UNIFIO. Professor de Pós Graduação Lato Sensu. Autor de livros e artigos científicos. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia.

Ari Carrion Frandoling

Mestre em Direito - Universidade Católica de Brasília-DF (DF-2016); Pós-graduado (lato sensu) em Educação a Distância - Universidade Gama Filho (RJ-2011); MBA Executivo em Finanças e Negócios - Escola Superior Aberta do Brasil - ESAB (SP-2007); pós-graduado (lato sensu) em Direito do Trabalho - Universidade Nove de Julho (SP-1999); bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (SP-1994); Bacharel em ciências contábeis - Universidade Paulista (DF-2016); técnico em contabilidade com registro no CRC-SP desde 1995; ex-diretor da PricewaterhouseCoopers - PwC; professor em cursos de pós-graduação lato sensu

(MBA Controladoria e Gestão Tributária, MBA Finanças e LL.M. Direito) nas áreas de: Planejamento.

Bruno Martins Teixeira

É mestrando em Direito - Linha de pesquisa: Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna - UIT e possui especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho - RJ (2009). Servidor técnico-administrativo do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG) - Campus Divinópolis e Advogado.

Carlos Cesar Sousa Cintra

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1995), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Ceará e sócio - Cintra Mourão Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: tributos federais, direito tributário, tributos estaduais, princípios tributários e processo administrativo tributário.

Daniel Mota Gutierrez

Possui mestrado em Programa de Pós-Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional processual, processo coletivo e transação.

Danielle De Luca Mattos

Possui curso-tecnico-profissionalizantepelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca(2011)

Eloy Pereira Lemos Júnior

Possui pós-doutorado em direito pela PUC/MG (2018), doutorado em direito empresarial pela UFMG (2007), mestrado (2002) e diversas especializações (dentre elas, uma em direito público e outra interdisciplinar). Foi bolsista da CAPES em estágio doutoral na Universidade Clássica de Lisboa (2005) e como professor pesquisador da FUNDEP-UFMG em 2013. Pós-doutorando como professor visitante em estágio pós-doutoral sênior em Administração na FUMEC (2017/19). Avaliador de cursos de direito pelo INEP-MEC (desde 2010). Professor titular do mestrado e da graduação em direito da Universidade de Itaúna (desde 2011) e da FUPAC - Nova Lima. Foi professor, titular na graduação da UEMG - campus Passos (10 anos), FACED - Divinópolis (07 anos), UNIPAC Ipatinga (FADIPA EAD - 7anos) e Bom Despacho, UNI-BH, PITÁGORAS, FAMINAS e UNIFENAS. Também lecionou em cursos de especialização da UNA-BH. Possui experiência administrativa como ex-coordenador do curso de direito da FAMINAS-BH (2009/10), com nota 04 obtida pelo MEC. Experiência acadêmica na área de direito privado, com ênfase em direito empresarial e em direitos humanos; em orientações no NPJ, em iniciações e pesquisas científicas, em artigos, monografias (TCCs), dissertações e teses; como membro do NDE - Núcleo Docente Estruturante; e como

presidente e participante de diversas bancas de defesas de TCCs, dissertações e teses científicas. Conselheiro editorial e parecerista de revistas especializadas e qualificadas, palestrante e organizador de semanas jurídicas e seminários nacionais e internacionais na área de direito. É autor de diversos artigos científicos e livros na área de direito. Coordenador do grupo de Pesquisa em Direito Privado: Direitos Humanos/Fundamentais, Propriedade Privada/Empresas e Justiça/Funções e Inovações Sociais, em conjunto com diversos professores doutores, em especial seus co-orientadores de pós-doutorado Prof. Dr. César Fiuza e Profa. Dra. Cristiana Fernandes De Muylder. Participa do grupo de pesquisa CNPQ GEICE, que tem interesse científico e atua nos temas gestão, inovação, inteligência competitiva e empreendedorismo. Foi Rondonista e ex-corretor de imóveis (curso de especialização em TTI) com CRECI. Recebeu em 2015 o prêmio Jabuti pelo Livro: Pessoas em Situação de Rua (ISBN 9788567020600), onde escreveu um capítulo sobre seus direitos trabalhistas. É advogado desde 1992.

Germana De Oliveira Moraes

Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Decana do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC onde leciona Direitos da Natureza e Constitucionalismo Democrático Latino Americano. Pós-doutorado na PUC-RJ, com pesquisas sobre a perspectiva do tratamento jurídico internacional da Harmonia com a Natureza e sua eventual incorporação ao direito brasileiro. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN). Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (1998). Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduada (1984). e estágio pós-doutoral na PUC-PR (2013). Graduada (1984) e Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN) Professora do Curso de Graduação da UFC das disciplinas Direito Constitucional e Direito da Integração Foi Coordenadora Nacional, no Brasil, da Rede para o Constitucionalismo democrático latino-americano. (2014-2016). Desenvolve pesquisas acadêmicas sobre Harmonia com a Natureza,direitos da Madre Tierra, consciência Pachamama, Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, com atuação profissional e/ou trabalhos escritos sobre o novo constitucionalismo democrático latino-americano, Bem Viver, direitos de Pachamama, integração sul americana, direitos humanos das mulheres, Unasul, relações internacionais, e regime jurídico das águas, direitos fundamentais e políticas públicas, princípios constitucionais, controle jurisdicional da administração pública, conciliação, sistema judicial e formação de magistrados, É Juíza Federal no Ceará, desde 1991. Foi representante, na América Latina e no Caribe, da IAWJ - International Association of Women Judges (2006-2008 e 2012-2014). Atualmente é Presidenta do CBIAWJ - Capítulo Brasileiro da Associação Internacional das Mulheres Juízas. De 2005 a 2007 foi membro na primeira gestão do Conselho Nacional de Justiça, onde participou da coordenação de projetos nacionais relativos à instalação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e ao Movimento pela Conciliação. Representou os juízes federais no Conselho Superior da ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Juízes, de 2011 a 2013 e foi Diretora da Escola da

Magistratura Federal cearense, no período de 2009 a 2013. Ademais atuou, no Ceará, como Diretora do Foro Federal, de 2000 a 2005, Juíza do Tribunal Regional Eleitoral, de 1994 a 1997 e Procuradora da Fazenda Nacional, de 1986 a 1991.

Gustavo Silveira Borges

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014), com bolsa de pesquisa PNPD/CAPES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2013). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade na Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, da Pós-graduação lato sensu da UNESC e do Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC), vinculado a Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e a Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Parecerista em diversas revistas. Participante em diversos projetos de pesquisa vinculados à UNISINOS e à UNESC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania - NUPEC, na UNESC. Autor de livros e diversos trabalhos científicos desenvolvidos nas áreas do Direito em diálogo com a Bioética e a Medicina. Avaliador do Curso de Direito pelo INEP/MEC. Membro de bancas examinadoras de concurso público. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, Direito Civil e Direito do Consumidor. E-mail: gustavoborges@hotmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9673-4321

Jose Eduardo Sabo Paes

Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1985). Mestrado em Magister en Derecho Comparado – Universidad Complutense de Madrid (1996). Doutorado em Direito Constitucional – Universidad Complutense de Madrid (1997) reconhecido pela UFPE. Atualmente é professor da Universidade Católica de Brasília e procurador de justiça do MPDFT. Tem experiência na área de Direito Constitucional, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: terceiro setor, fundações, direitos, código civil e ministério público.

José Levi Mello Do Amaral Júnior

Procurador Geral da Fazenda Nacional. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Livre-Docente em Direito Constitucional (USP), Doutor (USP) e Mestre (UFRGS) em Direito do Estado. Procurador da Fazenda Nacional (desde 2000). Foi: Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional (2018-2019); Secretário-Executivo do Ministério da Justiça (2016-2017); Consultor-Geral da União (2015-2016); Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República (2013-2015); Assessor Especial do Governador do Estado de São Paulo (2008-2010); Assessor Técnico na Câmara dos Deputados (2005-2008); Assessor Especial da Secretaria de Fazenda do

Estado de Minas Gerais (2003-2005); e Assessor da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2000-2003).

Juliano Gianechini Fernandes

Advogado, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS; Graduado pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA; possui Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional IMED. Atualmente é Advogado, Professor na Graduação e Pós-graduação da UniRitter - Laureate International Universities; Professor em 2013 e 2014 no Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC) em cursos preparatórios para concursos, pós-graduação e exame da OAB; Professor convidado nos Cursos de Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Faculdade CNEC, Universidade de Passo Fundo (UPF), Universidade de Santa Cruz-UNISC e Universidade Franciscana - UFN; Professor convidado em cursos de extensão da Escola Superior da Advocacia - ESA/RS; Membro da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho titular da Cadeira nº 16, Membro do Grupo de Estudos "Relações de Trabalho e Sindicalismo", na Pontifícia universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pesquisador acadêmico.

Leilane Serratini Grubba

Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestranda Interdisciplinar em Ciências Humanas na Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS). Estágio de Pós-doutoramento concluído na Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professora da Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Pesquisadora da Fundação Meridional. Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa FUNDDIH - Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos (IMED/CNPq). Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Extensão CineLaw - Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o Empoderamento (CNPq/IMED), apoiado pelo Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) e pelo Programa Youth for Human Rights (YHRB). Membro do Corpo Diplomático e Consultora de Projetos do Programa Youth for Human Rights (YHRB). Publicou os livros "O Essencialismo nos Direitos Humanos", "Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano", "Conhecer Direito I" e "Conhecer Direito II". Atualmente tem como tema central de pesquisa os Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Direito & Cinema.

Luiz Ismael Pereira

Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV/MG). Graduado em Direito (2010), Mestre em Direito Político e Econômico (2013) e Doutor em Direito Político e Econômico (2017) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP). Pesquisador do GT CLACSO Pensamento Jurídico Crítico (2016-2019). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e políticas na América Latina - DIPAL. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Universidade Federal de Viçosa (2019-2022). Atua principalmente nas seguintes áreas: direito político e econômico, instituições

jurídicas e econômicas, teoria do Estado e direito constitucional, gestão pública, políticas públicas, filosofia e teoria geral do direito e América Latina.

Marlene De Oliveira França

Doutora em Sociologia pela UFPB. Possui graduação em Direito (2017) e em Serviço Social (2000) pela Universidade Federal da Paraíba. Mestrado em Serviço Social pela Universidade Federal da Paraíba (2003). Atualmente é Professora Adjunto III da Universidade Federal da Paraíba, lotada no Departamento de Habilitações Pedagógicas-CE. Integra integrar o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - BASis/INEP/MEC. Integra o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Professora Pesquisadora do curso de Pedagogia, modalidade a Distância da UFPB. Vice-Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da UFPB. Coordenadora do Projeto de pesquisa - PIBIC/CNPq, intitulado: Um Estudo das Mulheres encarceradas no Estado da Paraíba. lidera o Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Penitenciário e Direitos Humanos. É membro integrante do Projeto de Pesquisa: socioeducação em análise: Uma Inserção Social e Acadêmica com Adolescentes em Medida de Privação e Restrição de Liberdade.

Mônica Abdel Al

Graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1995). Especialização em Tendências Contemporâneas do Direito Processual (2005), pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Advogada desde 1996 - Escritório de Advocacia Mônica Abdel Al. Professora horista da Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc, atuando nas disciplinas de Estágio de Prática Jurídica I, II, III, IV e V, Processo Civil I e V e Constitucional I. Tem experiência na área de Direito.

Nitish Monebhurrun

Doutor em direito internacional pela Escola de Direito de Sorbonne, Paris (Universidade de Paris 1, Panthéon-Sorbonne) e Professor do Centro Universitário de Brasília. Atuou como Professor assistente em Direito Internacional, introdução às relações internacionais, Direito Internacional Econômico e Metodologia Jurídica na Escola de Direito de Sorbonne, Paris e como consultor do Programa das Nações unidas para o Desenvolvimento para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil, Brasília. Mestrados realizados em Direito Internacional Econômico e em Direito Internacional respectivamente na Escola de Direito de Sorbonne, Paris e na Universidade Jean-Moulin Lyon III, Lyon, França. Graduação em Direito pela Universidade Lumières Lyon II, Lyon, França. Bolsista da Academia de Direito Internacional em 2010. É professor visitante no Programa do Mestrado da Universidad de la Sabana (Bogotá). Já foi Professor visitante/convidado na Universidade Aix-Marseille, na universidade Paris V, René Descartes e na Escola de Direito de Sorbonne, Pari, na Universidade Javeriana (Bogotá, Colômbia), na Universidade Salgarcao (Goa, India), na Universidade Najad Abad (Isfahan, Irã). Coordena a Clínica de Empresas, Direitos Humanos e Políticas Públicas do Programa de Mestrado/Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Pedro Paes De Andrade Banhos

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (2016). Advogado.

Pietro Cardia Lorenzonni

Advogado, com registro na OAB/RS sob o nº 106.962. Tem experiência em Direito Público com foco no Direito Penal, no Direito Administrativo e no Compliance. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS-RS -, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Lenio Streck. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP-RS. Especialista na Itália em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália - UNIPI e em Gestão e Docência no Ensino Superior pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor de Teoria do Direito no curso de Direito da Faculdade Monteiro Lobato - FATO-RS. Professor Convidado de Teoria do Direito, Direito Constitucional e Processo Penal na UVERGS, CEADIS, UCS e FMP-RS.

Raquel Coelho De Freitas

Professora Associada da Universidade Federal do Ceará, Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro -- UERJ, 2004, onde defendeu a primeiro tese de doutorado em direito no Brasil sobre as políticas de ação afirmativa no ensino superior; Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Harvard Law School; Especialista em Violência Urbana pela Universidade Federal de Pernambuco. Desenvolveu pesquisa de doutorado na Northeastern University, Boston, EUA, sobre políticas públicas para crianças e adolescentes após a CF/88. Foi também Pesquisadora-visitante da Harvard Law School onde desenvolveu pesquisas sobre imigrantes ilegais e refugiados políticos, e estagiou no Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em Genebra, Suiça. Além de bolsas da CAPES e do CNPq, foi agraciada com a bolsa Paulo Bonavides; recebeu bolsa da Fundação Ford para Coordenar o Projeto Raça & Poder na UNIRIO e o Projeto Políticas da Cor do Laboratório de Políticas Públicas na Uerj; recebeu bolsa da Fulbright de Professora Visitante em Boston; foi bolsista da Fundação Carolina para desenvolver pesquisa sobre a fundamentação constitucional do Direito das Minorias, em Valladolid, Espanha, e teve pesquisa do BID aprovada para estudar questões raciais. Foi também nomeada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro para compor a Câmara Técnica do Governo para elaboração do projeto "Rio sem Homofobia". Atualmente, leciona Direito Constitucional e Direito Municipal na graduação, e Teoria da Cidadania e Relações Internacionais na pós-graduação da UFC. Coordena o Projeto Direito das Minorias e Fortalecimento de Minorias vinculado ao CNPq, e o Núcleo de Estudos Aplicados Direito, Justiça e Infância, NUDI JUS.

Regina Helena Costa

Livre-Docente em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Possui Mestrado (1992) e Doutorado (2000) em Direito do Estado, com concentração na área de Direito Tributário, pela mesma universidade. Atualmente é professora da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde leciona Direito Tributário na graduação e no Mestrado. É professora orientadora em Doutorado e Mestrado. Leciona, ainda, nos cursos de Especialização em Direito Tributário, Direito Processual

Tributário e Direito Administrativo da PUC/COGEAE, bem como é professora convidada em cursos de Especialização de outras instituições. Tem experiência nas áreas de Direito Tributário e Direito Administrativo. Desde 2013 é Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Rodrigo Wasem Galia

Professor do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da UFSM (desde março de 2019), com a disciplina As Relações de Trabalho no Século XXI: Novos Desafios na Sociedade em Rede.Pós-Doutorando em Direito pela PUCRS (2019). Professor Adjunto A, Nível I, no Regime de 40 horas semanais com Dedicação Exclusiva nas disciplinas de Direito Individual do Trabalho, Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM, aprovado em 1º lugar no Concurso 195/2016. Doutor em Direito (PUCRS/ 2016), aprovado com votos de Louvor e Distinção. Mestre em Direito (PUCRS/2004). Bacharel em Direito (PUCRS/ 1999). Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 48.336.

Sérgio Ricardo Fernandes De Aquino

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2013). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Especialização em Administração pela Universidade Independente de Lisboa em convênio com a Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC (2005) e Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) - Mestrado - da Faculdade Meridional - IMED. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional - IMED. Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento - CINELAW - da Faculdade Meridional - IMED. Membro associado da Associação Brasileira de Ensino de Direito - ABEDi. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade, do Instituto Blumenauense de Ensino Superior.Tem experiência na área de Direito, com ênfase nos seguintes temas: Ética, Direitos Humanos, Sustentabilidade, Política Jurídica, Filosofia, Direito na Pós-Modernidade.

Valter Moura Do Carmo

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2009); mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2012) e doutorado em Direito pela UFSC (2016), tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza

(Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPD da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDi. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Editor da Estudos: Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da UNIMAR e editor-adjunto da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

Quenya Correa De Paula

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Possui especialização em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduação em Administração com ênfase em análise de sistemas e Graduação em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura". Advogada.

Wiqlifi Bruno De Freitas Melo

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-árido e Especialista em Direito

SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

Carlos Francisco Molina Del Pozo

Licenciado en Derecho por la Universidad de Estrasburgo, Master en Altos Estudios Europeos Comunitarios por el Colegio de Europa, Master en Dirección de Empresas por el Instituto de Empresa, y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Se desempeña como director del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, Director del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid), y Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración. Fue Presidente de la Asociación Universitaria de Estudios Comunitarios. Es uno de los principales expositores del Encuentro de Especialistas en el MERCOSUR de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ha sido distinguido como Catedrático "Jean Monnet" de Derecho Comunitario Europeo, y como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad de Buenos Aires y a Universidad de Rosario de Argentina.

Jose Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Director de la Revista Mensual "Contratación Administrativa Práctica" de la editorial Wolters Kluwer La Ley y del Máster en "Contratación Pública" de la Universidad de Castilla-la Mancha.

Seth Racusen

Doutorado em Political Science - Massachusetts Institute of Technology (2002). Atualmente é professor associado - Anna Maria College. Tem experiência na área de Ciência Política, com emfoque em Legal Mobilization. Associate Professor of Political Science and Criminal Justice, Anna Maria College (Massachusets).

SUMÁRIO

SOBRE OS AUTORES

SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

SUMÁRIO

DOUTRINA NACIONAL

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL
Regina Helena Costa 21

REMUNERAÇÃO DOS DIRIGENTES E A MANUTENÇÃO DAS IMUNIDADES E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS NO TERCEIRO SETOR
Ari Carrion Frandoling
José Eduardo Sabo Paes 33

MODIFICAÇÕES NA COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FATOR DE VIRAGENS JURISPRUDENCIAIS: O Caso da Execução Provisória de Decisão Condenatória de 2º Grau e o Princípio Da Presunção De Inocência
José Levi Mello do Amaral Júnior
Pedro Paes de Andrade Banhos 55

WHAT WOULD CHANGE IN BRAZIL'S PRACTICE WITH THE ADOPTION OF AN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN ITS INVESTMENT AGREEMENTS?
Nitish Monebhurrun 73

O AUMENTO DO CUSTO RECURSAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: Uma Análise Econômica
André Luis Cateli Rosa
Valter Moura do Carmo 91

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA MEDIAÇÃO VITUAL DE CONFLITOS
Gustavo Silveira Borges
Mônica Abdel Al 115

BUROCRACIA, PROCEDIMENTALIZAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO
Carlos César Sousa Cintra
Daniel Mota Gutierrez 131

OS INTERESSES DIFUSOS NAS DISPENSAS COLETIVAS NO BRASIL: Análise do Caso da Fundação Zoobotânica do Rio Grande Do Sul
Juliano Gianechini Fernandes
Rodrigo Wasem Galia 145

O RACISMO E A QUESTÃO RACIAL NAS INTERPRETAÇÕES DO BRASIL
André Filipe Pereira Reid dos Santos
Quenya Correa de Paula 167

DIREITOS DOS ANIMAIS E DA NATUREZA LEVADOS A SÉRIO:
Análise do julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP).
Germana de Oliveira Moraes 179

FUNDAMENTOS DA SEMIOLOGIA DA SUSTENTABILIDADE PARA SE EVITAR A VIOLÊNCIA CONTRA A NATUREZA NO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIOAMBIENTAL
Leilane Serratini Grubba
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino *195*

PROPOSTAS DE DESENVOLVIMENTO DA PONDERAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE SIECKMANN SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY
Anízio Pires Gavião Filho
Pietro Cardia Lorenzonni *215*

"SOMOS HUMANOS NAS RUAS, NÃO SOMOS LIXO": ANÁLISE DA POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E O CASO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
Daniele de Luca Mattos
Luiz Ismael Pereira *233*

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PARA ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA: ENTRE AUTONOMIA E IGUALDADE DE PRESTAÇÃO
Raquel Coelho de Freitas *257*

REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO
Bruno Martins Teixeira
Eloy Pereira Lemos Júnior *277*

GARANTIA OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS:
O que pretende a Nova Reforma Trabalhista?
Marlene de Oliveira França *295*

DOUTRINA ESTRANGEIRA

ON THE JURISPRUDENCE OF WORKPLACE DISCRIMINATION
Seth Racusen *323*

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO
Jose Antonio Moreno Molina *339*

ANÁLISIS DEL PACTO UE - TURQUÍA. ¿JAQUE MATE AL DERECHO DE ASILO¿
Carlos Francisco Molina del Pozo *355*



DOUTRINA NACIONAL

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Regina Helena Costa[*]

Resumo

O princípio da solidariedade social, contemplado na Constituição de 1988, projeta seus efeitos no sistema tributário nacional. Múltiplas são as manifestações de sua aplicação no plano constitucional, valendo destacar, dentre elas, o princípio da capacidade contributiva; a generalidade da tributação; a progressividade; a solidariedade contributiva; bem como algumas normas imunizantes.

Palavras-chave

Solidariedade social. Constituição. Tributação. Expressões.

THE SOLIDARITY PRINCIPLE IN THE NATIONAL TAX SYSTEM

Abstract

The principle of social solidarity, housed in the Constitution of 1988, irradiates its effects in the national tax system. Multiple are the expressions of its application in the constitutional level, such as the ability-to-pay principle, the principle of general taxation, the tax progressivity, the contributory solidarity principle, as well as some fiscal immunities.

Key words

Solidarity. Constitution. Taxation. Expressions.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão do Direito Tributário, está, cada vez mais, voltada à preocupação concernente à adequação da tributação ao exercício de direitos fundamentais. De fato, universalmente vem se afirmando uma visão humanista da tributação, a destacar que essa atividade estatal não busca apenas gerar recursos para o custeio de serviços públicos, mas, igualmente, o asseguramento do exercício de direitos públicos subjetivos.

[*] Livre-Docente em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Possui Mestrado (1992) e Doutorado (2000) em Direito do Estado, com concentração na área de Direito Tributário, pela mesma universidade. Atualmente é professora da Faculdade de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde leciona Direito Tributário na graduação e no Mestrado. É professora orientadora em Doutorado e Mestrado. Leciona, ainda, nos cursos de Especialização em Direito Tributário, Direito Processual Tributário e Direito Administrativo da PUC/COGEAE, bem como é professora convidada em cursos de Especialização de outras instituições. Tem experiência nas áreas de Direito Tributário e Direito Administrativo. Desde 2013 é Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Na sociedade contemporânea, estão indissoluvelmente associadas as ideias de tributação e cidadania, pois ser cidadão também é ser contribuinte. Em outras palavras, poder contribuir para as despesas do Estado representa um aspecto do exercício da cidadania, porque somente pode ser considerado autêntico cidadão quem tem a possibilidade de auferir renda, titularizar patrimônio e realizar consumo, todas manifestações de capacidade contributiva.

Exsurge evidente, assim, que a ação estatal de exigir tributos toca os direitos fundamentais diretamente. A tributação há de ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, impondo-se a edição de leis tributárias com a observância dos princípios pertinentes, a adoção de uma conduta ética no exercício da fiscalização, a lisura dos procedimentos administrativos e a edição, pelo Fisco, de atos normativos nos estritos limites legais, dentre outras providências.

Nessa moldura, discorreremos brevemente sobre o conceito de *solidariedade social* e suas principais expressões no campo da tributação, cingindo-nos ao plano constitucional.

2. A SOLIDARIEDADE COMO DIRETRIZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

O termo solidariedade tem sua raiz no latim *solidarium*, que vem de *solidum*, *soldum*, que significa inteiro, compacto[1]. Daí porque, no âmbito jurídico, qualifica-se como *obrigação solidária* aquela em que cada um dos devedores está adstrito ao cumprimento da obrigação por inteiro e cada um dos credores tenha o direito a esse cumprimento também por inteiro.[2]

José Casalta Nabais fala em "cidadania solidária", compreendendo que a solidariedade "mais não é do que um aspecto ou dimensão nova, e um aspecto ou dimensão nova ativa, da cidadania"[3]. Nesta, o cidadão assume um novo papel, com novas responsabilidades e encargos, que não podem ser encarados como tarefas exclusivamente do Estado. Contrapõe-se, portanto, essa noção de cidadania, às ideias de egocentrismo e individualismo excessivo, tão arraigadas na sociedade contemporânea.

Acrescenta o professor da Universidade de Coimbra que a dimensão solidária da cidadania "implica o empenhamento simultaneamente estadual e social de permanente inclusão de todos os membros da respectiva comunidade de modo a todos partilharem um mesmo denominador comum (...)".[4]

A Constituição, ao apontar, em seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrola, dentre eles, a "construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), apresentando a solidariedade como uma diretriz a iluminar todo o ordenamento jurídico, orientando a interpretação e aplicação de suas normas.

---

[1] *Apud* José Casalta Nabais, "Solidariedade social, cidadania e direito fiscal" *in Solidariedade social e Tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói. São Paulo : Dialética, 2005, p. 111.
[2] Cf. José Casalta Nabais, ob. cit., p. 111-112.
[3] Idem, p. 124.
[4] Ibidem, p. 125.

A tributação constitui poderoso instrumento para atingir-se tais objetivos e a disciplina constitucional do sistema tributário estampa diversas manifestações do princípio da solidariedade social.

3. EXPRESSÕES DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO

O tema da solidariedade, ou solidariedade social, constitui, na lição de Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói, "elemento referencial de uma certa concepção de tributação, exatamente aquela que se firmou historicamente no âmbito do Estado Democrático de Direito". Ensinam que estudar as relações entre a tributação e a solidariedade social é investigar o "modo de ser" da tributação contemporânea, inquirindo igualmente a sua justificação (o seu "porquê") e a sua finalidade (ou o seu para quê)".

Acrescentam, ainda, que "a relação entre solidariedade social e tributação é universal, abrangendo legislação, doutrina e jurisprudência de países europeus, latino-americanos e anglo-saxões. As discussões não se restringem ao fundamento da exigência tributária, mas se espraiam para o momento da interpretação e da aplicação das respectivas normas, como também para o controle da aplicação dos recursos arrecadados, em função das finalidades almejadas com sua instituição".[5]

A **solidariedade genérica** é a que se extrai do art. 3º, I, CR, antes mencionado, que a erige a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A partir dessa matriz, diversas manifestações de solidariedade social espraiam-se pelo texto constitucional.

Tanto a tributação exercida com viés fiscal ou arrecadatório, como aquela desempenhada com caráter predominantemente extrafiscal ou regulatório de comportamentos, prestam-se a ensejar manifestações dessa solidariedade.

Oportuno relembrar-se que a **extrafiscalidade** consiste no emprego de instrumentos tributários para o alcance de finalidades não meramente arrecadatórias, mas sociais, econômicas etc. Nesse domínio, portanto, a solidariedade social, igualmente, irradiará seus efeitos.

O princípio da solidariedade social impõe, primeiramente, que todos contribuam para a consecução dos objetivos que a sociedade pretende alcançar. Trata-se da eficácia mais visível e primeiramente compreendida desse princípio.

No entanto, igualmente, tal princípio autoriza a modulação do ônus tributário, para majorá-lo ou minorá-lo, dada a sua conexão com a extrafiscalidade.

Esse modo de atuação é que tem sido denominado de **aplicação do princípio da solidariedade social de forma inversa**, a revelar que a solidariedade poderá ser efetivada pela desoneração total ou parcial da tributação.

Tratemos das principais manifestações do princípio da solidariedade no sistema tributário, no plano constitucional. Entendemos sejam elas: *i)* a generalidade da

[5] Cf. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói. *Solidariedade social e Tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói. São Paulo : Dialética, 2005, p. 5-6.

tributação; *ii)* o princípio da capacidade contributiva; *iii)* a progressividade de alíquotas; *iv)* a solidariedade contributiva; e *v)* algumas normas imunizantes.

3.1. Generalidade da tributação

A solidariedade no âmbito tributário manifesta-se, inicialmente, mediante o princípio da **generalidade da tributação**, princípio implícito extraído da interpretação sistemática das normas constitucionais, que constitui desdobramento do princípio da igualdade. Significa que todos que realizem o mesmo fato ensejador do nascimento da obrigação tributária, arcarão com o tributo correspondente.

Em relação ao Imposto sobre a Renda, todavia, a generalidade vem expressamente apontada em seu regramento constitucional, ao lado dos critérios da universalidade e da progressividade (art. 153, III e § 2º, I).

Exceções ao princípio da generalidade, no plano constitucional, são as imunidades, relevantes expressões de extrafiscalidade cujo fundamento também pode ser a solidariedade social, conforme veremos adiante.

3.2. Princípio da capacidade contributiva

A solidariedade genérica compõe a matriz constitucional de outro relevante princípio constitucional tributário: o **princípio da capacidade contributiva.**

A Constituição da República o prevê expressamente:

> "Art. 145. (...)
>
> § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

O princípio da capacidade contributiva, desdobramento que é do princípio da isonomia, para uns, ou da própria solidariedade social, para outros, significa, singelamente, que cada um contribuirá para as despesas do Estado por meio de impostos na medida de suas possibilidades econômicas. Protege da tributação o mínimo existencial, bem como onera os sujeitos que têm maior aptidão econômica, aliviando a carga daqueles de pouca ou nenhuma aptidão para suportar tal ônus.

Desse modo, a referência ao princípio da capacidade contributiva na Constituição de 1988 expressa que não se pode ver a tributação apenas como uma técnica arrecadatória ou de proteção de patrimônio, mas também com a perspectiva da viabilização da dimensão social do ser humano.[6]

3.3. Progressividade

A **progressividade**, por sua vez, é uma técnica de tributação que pode ser qualificada como fiscal ou extrafiscal ou extrafiscal.

[6] Cf. Marco Aurélio Greco. "Solidariedade social e tributacão" *in Solidariedade social e Tributação*, Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói, São Paulo, Dialética, 2005, p. 179.

No contexto **fiscal ou arrecadatório**, consiste na técnica segundo a qual, quanto maior a base de cálculo do imposto, maior deve ser a alíquota sobre ela incidente, afinando-se ao princípio da capacidade contributiva e constituindo, mesmo, um de seus efeitos mais expressivos. Repousa, do mesmo modo, no princípio da solidariedade social.

Já no ambiente **extrafiscal**, a progressividade é instrumento para o atingimento de objetivos distintos da simples geração de receita, como antes apontado.

A progressividade fiscal, além de constituir efeito da aplicação do princípio da capacidade contributiva, como já observado, figura no texto constitucional expressamente como critério a orientar o **Imposto sobre a Renda** (art. 153, § 2º, I).

Outra referência a essa técnica de tributação é a relativa ao **Imposto sobre a Propriedade Rural**. Estabelece o texto constitucional que tal imposto será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, § 4º, I).

Tal progressividade, diversamente daquela aplicável ao Imposto sobre a Renda, ostenta natureza extrafiscal, uma vez atrelada a finalidade não arrecadatória, mas regulatória de comportamento, qual seja, o desestímulo a manutenção de propriedades improdutivas. Em razão disso, esse é o imposto cujo regime jurídico, nitidamente, maior vinculação apresenta com a solidariedade social.

Observe-se, por seu turno, que, em relação ao **Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana**, estatui a Constituição será ele progressivo *em razão do valor do imóvel* (art. 156, § 1º, inciso I), hipótese em que se cuida uma vez mais, de progressividade fiscal, atrelada à maior expressão econômica do imóvel.

Outrossim, há também progressividade fixada *em função do tempo*, quando o imposto for utilizado como instrumento de política urbana voltado à promoção do adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, nos seguintes termos:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. **§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de** : I - parcelamento ou edificação compulsórios; **II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;** III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de

> resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais" (destaque nosso).

Trata-se de peculiar progressividade extrafiscal, inovação introduzida pela Constituição de 1988. Desvinculada da noção de base de cálculo e atrelada ao tempo em que o proprietário do imóvel urbano permanecer não atendendo às exigências urbanísticas constantes do plano diretor, determinadas em lei específica, visa inibir os comportamentos do proprietário do solo urbano de não o edificar, subutilizá-lo ou não o utilizar, incentivando seu adequado aproveitamento.

3.4. Solidariedade contributiva

No plano das **contribuições sociais para a seguridade social**, vale recordar que o art. 195, *caput*, prescreve que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", bem como das contribuições sociais que aponta.

Trata-se do **princípio da solidariedade contributiva**, outra derivação do princípio da solidariedade genérica e, portanto, decorrência lógica da adoção pelo Estado brasileiro como seu objetivo fundamental, dentre outros, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CR). Sinteticamente, predica que o Estado e a Sociedade são corresponsáveis pela manutenção financeira da seguridade social.

Podemos dizer que o princípio da generalidade da tributação, aplicável aos impostos, tem, assim, como seu correspondente, no campo das contribuições sociais, o princípio da solidariedade contributiva.

Outra norma constitucional a refletir a solidariedade no âmbito das contribuições sociais é a contida no art. 201, *caput*, assim expresso:

> " Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de **regime geral, de caráter contributivo** e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção a maternidade, especialmente a gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (...)" (destacamos).

Ainda, cabe referir que, para a **previdência dos servidores públicos**, o art. 40, na redação dada pela EC n. 41/2003, assim dispõe:

> "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo" (Redação dada pela EC n. 41/2003) (destacamos).

Sintonizada com o espírito da Constituição, a Emenda n. 41/2003, portanto, acrescentou referência expressa ao caráter solidário do sistema contributivo no contexto da previdência dos servidores públicos.

Dessa forma, a solidariedade contributiva, tanto no campo da previdência social geral, quanto no âmbito da previdência dos servidores públicos, emerge como a principal expressão da solidariedade social em relação às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social.

3.5. Imunidades tributárias

No que tange às exonerações tributárias, impende ressaltar a existência de algumas exceções à diretriz da generalidade da tributação, no texto constitucional, que constituem manifestações da solidariedade social qualificadas como **imunidades.**

Exemplifique-se, inicialmente, com a imunidade conferida às instituições de educação e assistência social em relação a impostos, conforme dispõe o art. 150, VI, *c*, *in fine* :

> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre : (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;** (...) § 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. (...)" (destaque nosso).

A razão da outorga dessa imunidade é o desempenho, pelas instituições abrangidas pela norma, de atividades próprias do Estado, de relevante interesse público: a educação, o acesso à cultura, a assistência social, em suas diversas modalidades (médica, hospitalar, odontológica, jurídica etc.). Assim, por ajudarem a suprir as deficiências da atuação estatal nessas áreas, são recompensadas com a vedação constitucional da exigência de impostos.

No âmbito da seguridade social, por seu turno, há norma imunizante de teor semelhante. Trata-se da **imunidade conferida às entidades beneficentes de assistência social às contribuições para a seguridade social**, declarando o art. 195, § 7º que "são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

A exigência que a Lei Maior acrescenta para a outorga da exoneração tributária no que tange à contribuição para a seguridade social explica-se por se constituir exceção ao princípio da solidariedade no custeio da seguridade social, que tem na assistência social uma de suas faces.

Ressalte-se que essas entidades são imunes, ainda que eventualmente não despidas de capacidade contributiva, em virtude da **aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa**, vale dizer, a vedação da exigência de contribuições sociais decorre da colaboração que essas entidades prestam ao Estado na realização de atividades de responsabilidade deste.

Desse modo, exime-se a entidade de assistência social da exigência de contribuição para a seguridade social porque tal entidade realiza beneficência, voltando o desempenho de suas atividades exatamente aos sujeitos que são beneficiários da assistência social a ser prestada pelo Estado.

Ainda, o art. 203, *caput*, consigna outra norma imunizante, ao estatuir que "a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição a seguridade social (...)".

Tal imunidade expõe, uma vez mais, a aplicação do princípio da solidariedade no âmbito de um dos ramos da seguridade social, o da **assistência social**, de caráter não contributivo.

Cabe registrar também a **imunidade específica referente ao Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural**, complementar à disciplina da progressividade extrafiscal de suas alíquotas, antes mencionada (art. 153, § 4º, I, CR).

O art. 153, § 4º, II proclama que o imposto "não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel". O objetivo da norma imunizante é, claramente, desonerar o pequeno proprietário rural, fixando-o no campo.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem espelhado, ainda que timidamente, a relevância do princípio da solidariedade na tributação.

No contexto da previdência social dos servidores públicos a referência ao princípio da solidariedade é mais frequente, diante da expressa previsão constitucional já apontada.

Exemplifique-se, inicialmente, com a ADI 3.105/DF, em cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

> "1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucional-

> lidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. **Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento.** Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § únic, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinqüenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda (Pleno, Rel. p/ o acórdão Min. Cézar Peluso, j. 18.08.2004, destaque nosso).

Tal acórdão consagrou o princípio da solidariedade como diretriz fundamental do sistema previdenciário.

Recentemente, a previdência social dos servidores públicos tornou a ser examinada pela Corte, como estampa o julgado assim ementado:

> "Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria. 1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade. 2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham "repercussão em benefícios". Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria. 3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompa-

> tível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial. 4. **Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo.** 5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: "Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno' e 'adicional de insalubridade." 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas" (Pleno, RE 593.068/SC, Repercussão Geral, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 11.10.2018, destaque nosso).

Nesse julgado, diversamente, o princípio da solidariedade foi invocado sob outro viés, para fundamentar o afastamento da ampliação da base de cálculo da contribuição previdenciária, nos termos expostos.

Em outra seara, ao analisar o tema da imunidade tributária das entidades filantrópicas em relação à contribuição para o PIS, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: "A imunidade tributária prevista no art. 195, § 7º, da Constituição Federal abrange a contribuição para o PIS".

Extrai-se da ementa do acórdão proferido no RE 636.941-RS que a Corte invocou a **ausência de capacidade contributiva** e a **aplicação do princípio da solidariedade social de forma inversa** para justificar a aplicação da exoneração constitucional, consoante se extrai do seguinte excerto:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REPERCUSSÃO GERAL CONEXA. RE 566.622. IMUNIDADE AOS IMPOSTOS. ART. 150, VI, C, CF/88. IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES. ART. 195, § 7º, CF/88. O PIS É CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL (ART. 239 C/C ART. 195, I, CF/88). A CONCEITUAÇÃO E O REGIME JURÍDICO DA EXPRESSÃO "INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E EDUCAÇÃO" (ART. 150, VI, C, CF/88) APLICA-SE POR ANALOGIA À EXPRESSÃO "ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSITÊNCIA SOCIAL" (ART. 195, § 7º, CF/88). AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR SÃO O CONJUNTO DE PRINCÍPIOS E IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS (ART. 146, II, CF/88). A EXPRESSÃO "ISENÇÃO" UTILIZADA NO ART. 195, § 7º, CF/88, TEM O CONTEÚDO DE VERDADEIRA IMUNIDADE. O ART. 195, § 7º, CF/88, REPORTA-SE À LEI Nº 8.212/91, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL (MI 616/SP, Rel. Min. Nélson Jobim, Pleno, DJ 25/10/2002). O ART. 1º, DA LEI Nº 9.738/98, FOI SUSPENSO PELA CORTE SUPREMA (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). A SUPREMA CORTE INDICIA QUE SOMENTE SE EXIGE LEI COMPLEMENTAR PARA A DEFINIÇÃO DOS SEUS LIMITES OBJETIVOS (MATERIAIS), E NÃO PARA A FIXAÇÃO DAS NORMAS DE CONSTITUIÇÃO E DE FUNCIONAMENTO DAS ENTIDADES IMUNES (ASPECTOS FORMAIS OU SUBJETIVOS), OS QUAIS PODEM SER VEICULADOS POR LEI ORDINÁRIA (ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91). AS ENTIDADES QUE PROMOVEM A ASSISTÊNCIA SOCIAL BENEFICENTE (ART. 195, § 7º, CF/88) SOMENTE FAZEM JUS À IMUNIDADE SE PREENCHEREM CUMULATIVAMENTE OS REQUISITOS DE QUE TRATA O ART. 55, DA LEI Nº 8.212/91, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL, E AQUELES PREVISTOS NOS

> ARTIGOS 9º E 14, DO CTN. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA OU APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA **SOLIDARIEDADE SOCIAL DE FORMA INVERSA** (ADI 2.028 MC/DF, Rel. Moreira Alves, Pleno, DJ 16-06-2000). INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI Nº 9.715/98, E DO ART. 13, IV, DA MP Nº 2.158-35/2001, ÀS ENTIDADES QUE PREENCHEM OS REQUISITOS DO ART. 55 DA LEI Nº 8.212/91, E LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE, A QUAL NÃO DECORRE DO VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESTES DISPOSITIVOS LEGAIS, MAS DA IMUNIDADE EM RELAÇÃO À CONTRIBUIÇÃO AO PIS COMO TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. EX POSITIS, CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MAS NEGO-LHE PROVIMENTO CONFERINDO EFICÁCIA ERGA OMNES E EX TUNC. (...) **18. Instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos são entidades privadas criadas com o propósito de servir à coletividade, colaborando com o Estado nessas áreas cuja atuação do Poder Público é deficiente. Consectariamente, et *pour cause*, a constituição determina que elas sejam desoneradas de alguns tributos, em especial, os impostos e as contribuições. 19. A *ratio* da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa, vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que estas entidades prestam ao Estado.** (...)" (Pleno, RE 636.941-RS, Repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.02.2014, destaques nossos).

Vale remarcar serem poucos os julgados que revelam a aplicação do princípio da solidariedade social no julgamento de temas tributários, a reclamar maior atenção do Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Do exposto, extrai-se que, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental do Estado Brasileiro (art. 3º, I), é indispensável que a tributação, poderoso instrumento de geração de receita, bem como de modulação de condutas, especialmente quando exercida mediante a exigência de impostos e contribuições, esteja afinada com o princípio da solidariedade.

Se o grande desafio da tributação, universalmente, é, exatamente, a busca do equilíbrio entre liberdade individual e solidariedade social, no Brasil esse objetivo é, ademais, estabelecido expressamente pela Constituição da República.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASALTA NABAIS, José. "Solidariedade social, cidadania e direito fiscal" *in Solidariedade social e Tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi. São Paulo : Dialética, 2005, p. 110-140.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da Capacidade Contributiva*. 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2012.

---------- *Imunidades Tributárias. Teoria e Análise da Jurisprudência do STF*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRECO, Marco Aurélio. "Solidariedade social e tributação" *in Solidariedade social e Tributação*. Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói. São Paulo : Dialética, 2005, p. 168-189.

SEABRA DE GODÓI, Marciano. "Tributo e Solidariedade Social" *in Solidariedade social e Tributação*, Coord. Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godoi, São Paulo, Dialética, 2005, p. 131-167.

REMUNERAÇÃO DOS DIRIGENTES E A MANUTENÇÃO DAS IMUNIDADES E ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS NO TERCEIRO SETOR

Ari Carrion Frandoling[*]
José Eduardo Sabo Paes[*]

Resumo

A proibição de remuneração dos dirigentes, por qualquer forma, está prevista como exigência legal para a manutenção das imunidades ou isenções, aplicáveis às entidades sem fins lucrativos desde a década de 1940. Esse cenário de total proibição à remuneração dos dirigentes "não empregados" iniciou um louvável processo de alteração com a edição da Lei nº 12.868/2013, alterada pelas Leis nºs 13.151/2015 e 13.204/2015. A possibilidade de remunerar os dirigentes das organizações da sociedade civil, justifica-se pela adequação e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro à realidade dessas organizações, no intuito de evitar a precarização das relações de trabalho no Terceiro Setor. Nesse contexto, o presente artigo teve como objetivo fazer uma revisão analítica das recentes alterações legais relacionadas às regras de remuneração dos dirigentes das instituições do Terceiro Setor, cuja inobservância poderá implicar na suspensão das imunidades ou isenções tributárias.

Palavras-chave

Remuneração de dirigentes. Imunidade e isenções. Terceiro Setor.

REMUNERATION OF OFFICERS AND MAINTENANCE OF IMMUNITIES AND TAX EXEMPTIONS IN THE THIRD SECTOR

Abstract

The prohibition on the remuneration of directors, in any way, is provided as a legal requirement for the maintenance of immunities or exemptions for non-profit entities since the 1940s. This scenario of total prohibition of directors' remuneration "not employees" began a commendable process of amendment with the Law 12,868/2013, as amended by Laws 13,151/2015 and 13,204/2015. The possibility of remunerating the directors of civil society

[*]Mestre em Direito - Universidade Católica de Brasília-DF (DF-2016); Pós-graduado (lato sensu) em Educação a Distância - Universidade Gama Filho (RJ-2011); MBA Executivo em Finanças e Negócios - Escola Superior Aberta do Brasil - ESAB (SP-2007); pós-graduado (lato sensu) em Direito do Trabalho - Universidade Nove de Julho (SP-1999); bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (SP-1994); Bacharel em ciências contábeis - Universidade Paulista (DF-2016); técnico em contabilidade com registro no CRC-SP desde 1995; ex-diretor da PricewaterhouseCoopers - PwC; professor em cursos de pós-graduação lato sensu (MBA Controladoria e Gestão Tributária, MBA Finanças e LL.M. Direito) nas áreas de: Planejamento.

[*]Graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1985). Mestrado em Magister en Derecho Comparado – Universidad Complutense de Madrid (1996). Doutorado em Direito Constitucional – Universidad Complutense de Madrid (1997) reconhecido pela UFPE. Atualmente é professor da Universidade Católica de Brasília e procurador de justica do MPDFT. Tem experiência na área de Direito Constitucional, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: terceiro setor, fundações, direitos, código civil e ministério público.

organizations is justified by the adequacy and improvement of the legal system Brazilian law to the reality of organizations, with intention to avoid the precariousness of labor relations on the Third Sector. In this context, the purpose of this article was to make an analytical review of the recent legal changes related to the remuneration rules of the directors of the institutions of the Third Sector, whose noncompliance may implicate in the suspension of tax immunities or exemptions.
Keywords

Remuneration of directors. Immunity and exemptions. Third sector.

INTRODUÇÃO

Semelhante às empresas familiares do Segundo Setor da economia, onde a gestão administrativa, financeira e estratégica se confundem com a figura dos sócios fundadores, as entidades do Terceiro Setor também costumam ser geridas por seus idealizadores/fundadores. No entanto, após um período de maturação e crescimento, tanto as empresas familiares, quanto as entidades do Terceiro Setor, precisam iniciar um processo de profissionalização de suas estruturas operacionais e administrativas.

Nesse contexto, a possibilidade de a entidade sem fins lucrativos remunerar seus dirigentes lhe permite contratar no mercado de trabalho, profissionais com as qualificações requeridas pela instituição. Da mesma forma, permite que os associados fundadores, geralmente os idealizadores de um projeto que se tornou realidade por meio da instituição, se dediquem à causa com exclusividade ou, no mínimo, com mais afinco, haja vista não terem a preocupação de buscar seu sustento financeiro fora da entidade.

Se por um lado é verdade que não existe proibição legal à remuneração dos dirigentes das entidades do Terceiro Setor, por outro, não há como ignorar o fato de que a legislação tributária de regência, aplicável à obtenção e manutenção de imunidades ou isenções tributárias, estabelece requisitos e exigências a serem observados pelas instituições, dentre os quais se destacam as limitações à remuneração dos dirigentes. Assim, há que se ponderar sobre a relação "custo x benefício" entre as hipóteses de remunerar os dirigentes livremente e não usufruir das imunidades ou isenções tributárias, ou então, usufruir delas em detrimento à remuneração plena dos dirigentes da entidade.[1]

Face ao exposto, o presente artigo teve como objetivo fazer uma revisão analítica da legislação tributária relacionada às regras de remuneração dos dirigentes das instituições do Terceiro Setor, cuja inobservância poderá implicar na suspensão das imunidades ou isenções do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), contribuição para o Programa de Integração Social (PIS/PASEP), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), e contribuição à seguridade social (INSS cota patronal).

[1] PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários / José Eduardo Sabo Paes - 8. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 508-511.

1 SUJEIÇÃO TRIBUTÁRIA DAS PESSOAS JURÍDICAS SEM FINS LUCRATIVOS

As pessoas jurídicas sem fins lucrativos, em relação a cobrança de tributos federais, estaduais e municipais, podem ser imunes ou isentas. A imunidade tributária é de natureza constitucional (arts. 150 e 195, CF/88),[2] enquanto que a isenção tributária pode ser concedida por leis ordinárias, leis complementares, por tratados internacionais, e por decretos legislativos estaduais em matérias de ICMS.[3]

1.1 Imunidades tributárias constitucionais

As entidades imunes a impostos são aquelas previstas no artigo 150, VI, alínea "c", da CF/88, dentre as quais destacam-se as instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> [...]
>
> VI - instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Referida imunidade alcança somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais dessas entidades (§ 4° do art. 150 da CF/88).

Por sua vez, a imunidade às contribuições sociais está prevista no artigo 195, § 7º, da CF/88, aplicável exclusivamente às entidades qualificadas como beneficentes de assistência social:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> [...]
>
> § 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Cumpre destacar que os questionamentos relacionados à expressão "isentas" acima descrita, já foram pacificados pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao uso inadequado da palavra "isentas" à época da elaboração do texto da Carta Magna de 1988, haja vista, estarmos diante de uma previsão constitucional de "imunidade".[4]

---

[2] CARRAZZA. Antonio Roque. Curso de direito constitucional tributário. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 695.
[3] Ibdem. p. 843.
[4] Mandado de injunção - MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.03.1992; e RTJ 137/965, Rel. Min. Moreira Alves.

Lembrando que para fins de fruição das imunidades em questão, tanto o art. 150, VI, alínea "c", quanto o art. 195, § 7º da CF/88, impõem a observância de requisitos e exigências a serem estabelecidos em legislação infraconstitucional, adiante analisados.

1.2 Imunidades e isenções de IRPJ e CSLL

A Lei nº 9.532/1997, oriunda da Medida Provisória nº 1.602/1997, especificou os requisitos e exigências constitucionais, a serem observados pelas instituições de educação ou de assistência social, para a obtenção e manutenção de imunidade ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, a partir de janeiro de 1998.

Nos termos da Exposição de Motivos nº 644/1997, as disposições contidas na Medida Provisória nº 1.602/1997 visavam estabelecer definições que tornassem possível diferenciar uma entidade imune de outra isenta, bem como disciplinar, de forma clara e objetiva, os procedimentos a serem observados por essas diferentes entidades.

Isso porque, o art. 30 da Lei 4.506/1964, revogado pelo art. 18 da Lei nº 9.532/1997, dispunha sobre a isenção de IRPJ para as sociedades, associações e fundações descritas nas alíneas "a" e "b" do art. 28 do Decreto-lei nº 5.844/1943 de forma simples e concisa, além de não dispor sobre a CSLL, uma vez que essa contribuição social só foi criada em 15 de dezembro de 1988, pela Lei nº 7.689, ou seja, após a promulgação da Carta Magna, datada de 05 de outubro de 1988.[5]

Nesse contexto, a redação original do art. 12, da Lei n° 9.532, datada de 10 de dezembro de 1997, dispunha:

> Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.
>
> [...]
>
> § 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:
>
> **a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados;**
>
> b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais;
>
> c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

[5] BRASIL. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997 - "Art. 18. Fica revogada a isenção concedida em virtude do art. 30 da Lei nº 4.506, de 1964, e alterações posteriores, às entidades que se dediquem às seguintes atividades: I - educacionais; II - de assistência à saúde; III - de administração de planos de saúde; IV - de prática desportiva, de caráter profissional; V - de administração do desporto. Parágrafo único. O disposto neste artigo não elide a fruição, conforme o caso, de imunidade ou isenção por entidade que se enquadrar nas condições do art. 12 ou do art. 15."

> d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;
>
> e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal;
>
> f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes;
>
> g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público;
>
> h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo.

Quanto às demais entidades sem fins lucrativos, não alcançadas pela imunidade constitucional, o art. 15 da Lei nº 9.532/1997 apresentou o rol de instituições consideradas isentas de IRPJ e CSLL, bem como disciplinou sobre os respectivos requisitos e exigências a serem observados:

> Art. 15. Consideram-se isentas as instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural e científico e as associações civis que prestem os serviços para os quais houverem sido instituídas e os coloquem à disposição do grupo de pessoas a que se destinam, sem fins lucrativos.
>
> § 1º A isenção a que se refere este artigo aplica-se, exclusivamente, em relação ao imposto de renda da pessoa jurídica e à contribuição social sobre o lucro líquido, observado o disposto no parágrafo subsequente.
>
> [...]
>
> § 3º Às instituições isentas aplicam-se as disposições do art. 12, § 2°, alíneas "a" a "e" e § 3° e dos arts. 13 e 14.

Mediante a leitura minuciosa do parágrafo 3º acima transcrito, pode-se verificar que grande parte das regras aplicáveis às entidades imunes se estende às isentas, dentre elas as limitações de remuneração aos dirigentes da instituição, conforme previsto no art. 12, § 2°, alínea "a".

Em termos práticos, dentre os requisitos previstos no art. 12 da Lei nº 9.532/1997, não restam dúvidas que o mais sensível e de difícil observância pelas instituições seria o de "não remunerar" seus dirigentes. Cumpre destacar que a remuneração dos dirigentes era condição para perda da isenção de IRPJ desde a edição do Decreto-Lei nº 5.844/1943 (art. 28, § único),[6] reafirmada pela Lei nº 4.506/1964 (art. 30, inciso I).[7]

[6] BRASIL. Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943 - "Art. 28 [..] Parágrafo único. Cessará a isenção: a) quando as fundações, sociedades e associações referidas nas alíneas 'a' e 'b' deste artigo remunerarem suas diretorias ou distribuírem lucros sob qualquer forma; [...]"

[7] BRASIL. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964 - "Art. 30. As sociedades, associações e fundações referidas nas letras 'a' e 'b' do art. 28 do Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, gozarão de isenção do imposto de renda, desde que: I - Não remunerem os seus dirigentes e não distribuam lucros, a qualquer título; [...]"

1.3 Imunidades e isenções de PIS/PASEP e COFINS

A Lei nº 9.718/1998, oriunda da Medida Provisória nº 1.724/1998, dispôs que a partir de 1º de fevereiro de 1999, as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, passariam a ser calculadas sobre a receita bruta das pessoas jurídicas em geral, à razão de 0,65% e 3%, respectivamente.

Nos termos da Exposição de Motivos nº 671-A/1998, as disposições contidas na Medida Provisória nº 1.724/1998 tinham a pretensão de consolidar a normatização contida na Lei Complementar nº 7/70 (PIS/PASEP) e Lei Complementar 70/91 (COFINS), bem como eliminar os tratamentos diferenciados conferidos às empresas integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

Em relação às entidades sem fins lucrativos, verificou-se posteriormente a necessidade de normatização específica, razão pela qual, por meio da Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999, reeditada inúmeras vezes até chegar à Medida Provisória nº 2.158-35/2001,[8] o PIS/PASEP e a COFINS devidos pelas entidades sem fins lucrativos passaram a ter tratamento diferenciado, com efeito retroativo a 1º de fevereiro de 1999.

Assim, nos termos dos arts. 13 e 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, as instituições imunes e isentas, a que se referem os arts. 12 e 15 da Lei nº 9.532/1997, deverão calcular o PIS/PASEP com base na sua folha de salários, à alíquota de 1% e a COFINS com base nas receitas não relacionadas às atividades próprias da entidade, à alíquota de 3%:

> Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na folha de salários, à alíquota de um por cento, pelas seguintes entidades:
>
> [...]
>
> III - instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;
>
> IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;
>
> [...]
>
> Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:
>
> [...]
>
> X - relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.
>
> [...]

Entenda-se por receitas "não relativas" às atividades próprias da entidade aquelas decorrentes de atividades comuns às dos agentes econômicos com fins lucrativos,

[8] Anteriormente à EC nº 32/2001, era comum a reedição sistemática (mensalmente) das medidas provisórias que perdiam eficácia em razão de sua não conversão em lei no prazo de trinta dias após sua edição. Dentre as inúmeras alterações introduzidas no Art. 62 da CF/88 pela EC nº 32/2001, destaca-se o parágrafo 10, que veda a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

notadamente as de caráter contraprestacional, como a venda de mercadorias e prestação de serviços, ainda que efetuadas exclusivamente a seus associados e sem a finalidade de obtenção de lucro.[9]

Lembrando que a exigência legal de "não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados", prevista na redação original da Lei nº 9.532/1997, art. 12, § 2º, alínea "a" impactava diretamente as apurações de PIS/PASEP e COFINS, haja vista que as formas diferenciadas de apuração das respectivas bases de cálculo e alíquotas aplicáveis, acima descritas, serão automaticamente suspensas nos casos em que a instituição tenha suas imunidades ou isenções de IRPJ e CSLL suspensos pelas autoridades fiscais em razão do não cumprimento das exigências e requisitos previstos no art. 12 da Lei nº 9.532/1997, dentre as quais, destacamos as limitações à remuneração dos dirigentes (art. 13 da Lei nº 9.532/1997 e art. 32 da Lei nº 9.430/1996).

1.4 Imunidade previdenciária – INSS cota patronal

O art. 55 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu o plano de custeio da seguridade social nos termos do art. 195 da CF/88, estabeleceu os requisitos e exigências constitucionais, a serem observados pelas entidades beneficentes de assistência social, para a obtenção e manutenção da "isenção" às contribuições de que tratam os seus arts. 22 e 23.

Oportunamente, cumpre destacar que referido art. 22 dispõe sobre a contribuição a cargo da empresa, destinada à seguridade social, qual seja: INSS "cota patronal", calculado sobre a folha de salários. Por sua vez, o art. 23 dispõe sobre as contribuições sociais para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL (substituída pela COFINS)[10] e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL,[11] as quais, para fins de manutenção da imunidade tributária prevista para as entidades do Terceiro Setor, deverão observar as exigências estabelecidas nas respectivas normas específicas, quais sejam: Medida Provisória nº 2.158-35/2001 (COFINS) e Lei nº 9.532/1997 (CSLL).

---

[9] Decisão nº 332 de 28/12/2000, SRRF/Disit - 8ª Região Fiscal: "São isentas da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS as receitas das associações sem fins lucrativos a que se refere o art. 15 da Lei nº 9.532/1997, relativas a suas atividades próprias, assim entendidas suas receitas típicas, como as contribuições, doações e anuidades ou mensalidades de seus associados e mantenedores, destinadas ao custeio e manutenção da instituição e execução de seus objetivo s estatutários, mas que não tenham cunho contraprestacional. O benefício em questão não se aplica a receitas que auferam, as quais não atendam a tal critério, decorrentes de atividades que desempenhem comuns às dos agentes econômicos, notadamente as de caráter contraprestacional, como a venda de mercadorias e prestação de serviços, ainda que efetuadas exclusivamente a seus associados e sem a finalidade de obtenção de lucro, bem assim os rendimentos de aplicações financeiras." No mesmo sentido, Decisão nº 289 de 30/11/2000, SRRF/Disit - 8ª Região Fiscal.

[10] A Lei Complementar nº 70/91 instituiu a COFINS em substituição ao FINSOCIAL, o qual foi expressamente extinto pelo art. 9º da LC nº 70/91. "Art. 9° A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social, salvo a prevista no art. 23, inciso I, da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, a qual deixará de ser cobrada a partir da data em que for exigível a contribuição ora instituída." Dessa forma, a partir de 1º de fevereiro de 1999, para fins de obtenção e manutenção da imunidade ou isenção as instituições do Terceiro Setor devem observar os requisitos e exigências legais previstos na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, conforme descrito no item 2.3.

[11] A partir de 1º de janeiro de 1998, para fins de obtenção e manutenção da imunidade ou isenção as instituições do terceiro setor devem observar os requisitos e exigências legais previstos nos arts. 12 a 15, da Lei nº 9.532/1997, conforme descrito no item 2.2.

Nesse contexto, a redação original do art. 55, da Lei nº 8.212, datada de 24 de julho de 1991, dispunha:

> Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente:
>
> [...]
>
> IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título.

Em 2009, o art. 55 da Lei nº 8.212/1991 foi expressamente revogado pelo art. 44, inciso I, da Lei nº 12.101/2009, considerada à época como o "novo marco legal da filantropia", no intuito de colocar termo às discussões relacionadas à ADIn nº 2.028-5/DF.[12] Nesse contexto, o art. 29 da Lei nº 12.101/2009 ampliou ou restabeleceu o rol de entidades beneficentes alcançadas pela "isenção" em questão, bem como estabeleceu os requisitos a serem observados, a partir de então, pelas instituições do Terceiro Setor para fins de "isenção" à cota patronal do INSS,[13] dentre os quais destacam-se aqueles relacionados à remuneração dos dirigentes:

> Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:
>
> I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos; [...]

Assim, semelhante aos demais tributos analisados nos itens anteriores, verifica-se que não remunerar os dirigentes seria requisito legal expresso para uma instituição beneficente fazer jus à "isenção" ao pagamento da contribuição devida à seguridade social, prevista no art. 22 da Lei nº 8.212/1991 (INSS cota patronal).

2 REMUNERAÇÃO DE DIRIGENTES DO TERCEIRO SETOR – EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Com base na legislação relativa aos tributos analisados nos itens anteriores, verifica-se que desde a década de 1940 (Decreto-Lei nº 5.844/1943, art. 28, § único) a não remuneração dos dirigentes por qualquer forma, compõe do rol de requisi-

[12] HABLE, José. A imunidade tributária das entidades de interesse social com ênfase na remuneração dos dirigentes. Terceiro setor e tributação v.3. Brasília: Fortium, 2010, p. 80-81. BRASIL. STF. ADIn nº 2.028-5 DF. "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998."

[13] O rol de entidades beneficentes previstas no caput do art. 29 da lei nº 12.101/2009 (entidades certificadas na forma do seu Capítulo II), que correspondem às entidades dedicadas às áreas da saúde, educação e assistência social; diferentemente do art. 55, inciso III, da Lei nº 8.212/1991 (alterado pela Lei nº 9.732/1998), o qual previa como requisito para a isenção de INSS cota patronal a promoção, gratuita e em caráter exclusivo, de assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência.

tos/exigências legais para a manutenção das respectivas imunidades e/ou isenções, aplicáveis às entidades sem fins lucrativos.

Esse cenário de total proibição à remuneração dos dirigentes "não empregados" iniciou um processo de alteração com a edição da Lei nº 12.868/2013.

2.1 Organizações Sociais (OS) – Lei nº 9.637/1998

A Lei nº 9.637/1998, oriunda da Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997 (e reedições), estabeleceu os requisitos específicos para que entidades privadas, sem fins lucrativos, se qualifiquem como Organizações Sociais (OS), cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Nos termos da Exposição de Motivos nº 35/1997, as disposições contidas na Medida Provisória nº 1.591/1997 estabeleciam as condições de qualificação de entidades de direito privado como Organizações Sociais, às quais poderiam ser atribuídas a realização de atividades sociais, com apoio do Estado, nas áreas por ela especificadas.

Dentre os requisitos de qualificação das Organizações Sociais contidos na Lei nº 9.637/1998, destacam-se aqueles relacionados à remuneração dos dirigentes:

> Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:
>
> [...]
>
> V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;
>
> [...]
>
> Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:
>
> [...]
>
> II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

À época da publicação da Lei nº 9.637/1998, com base nas disposições legais acima transcritas, surgiram dúvidas quanto a manutenção das imunidades e/ou isenções tributárias relacionadas a essas entidades sem fins lucrativos, denominadas Organizações Sociais, mesmo havendo remuneração dos dirigentes. Duvidas essas que serão esclarecidas no item 2.3, a seguir.

2.2 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) – Lei nº 9.790/1999

A Lei nº 9.790/1999, oriunda do Projeto de Lei nº 4.690/1998, estabeleceu os requisitos específicos para que entidades privadas, sem fins lucrativos, se qualifiquem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), cujos objetivos

sociais tenham pelo menos uma das finalidades previstas no art. 3º da referida lei, quais sejam:

> I - promoção da assistência social;
>
> II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
>
> III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
>
> IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
>
> V - promoção da segurança alimentar e nutricional;
>
> VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
>
> VII - promoção do voluntariado;
>
> VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
>
> IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
>
> X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
>
> XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
>
> XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Nos termos da Exposição de Motivos nº 20/1998, as disposições contidas no Projeto de Lei nº 4.690/1998 constituíram parâmetros para a elaboração das propostas de mudança no marco legal do Terceiro Setor, estabelecido em julho de 1997, cuja reformulação resultaria no fortalecimento e expansão do Terceiro Setor. Segundo o item 14 da Exposição de Motivos, os principais objetivos da lei proposta seriam:

> a) classificar e qualificar as organizações do Terceiro Setor por meio de critérios simplificados e transparentes, possibilitando uma base de informações confiável e objetiva que oriente a definição de parceiros e concessão de incentivos governamentais;
>
> b) implementar mecanismos adequados de responsabilização da organização visando garantir que os recursos de origem estatal administrados pelas entidades do Terceiro Setor de fato sejam destinados a fins públicos;
>
> c) criar o Termo de Parceria que é um instrumento de fomento que permite a negociação de objetivos e metas entre as partes e também o monitoramento e a avaliação dos projetos.

Face ao exposto, dentre os requisitos de qualificação das OSCIP's contidos na Lei nº 9.790/1999, destacam-se aqueles relacionados à remuneração dos dirigentes:

> Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:
>
> [...]
>
> VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

Semelhante à Lei nº 9.637/1998 que dispôs sobre a qualificação das entidades como OS's, a Lei nº 9.790/1999 também gerou dúvidas quanto a manutenção das imunidades e/ou isenções tributárias relacionadas a essas entidades sem fins lucrativos, denominadas OSCIP's, mesmo havendo remuneração dos dirigentes. Duvidas essas que serão esclarecidas no item 2.3, a seguir.

2.3 Remuneração dos dirigentes das OS's e OSCIP's – Lei nº 10.637/2002

Apesar de o item 26 da Exposição de Motivos nº 211/2002 mencionar que o fato de permitir a remuneração dos dirigentes de OSCIP's, sem que houvesse prejuízo em relação ao tratamento tributário vigente, contribuiria para o desenvolvimento dessas entidades, cuja importância social é inequívoca, verificou-se, no entanto, que o respectivo texto constante na Medida Provisória nº 66/2002, posteriormente convertida na Lei nº 10.637/2002, deixava claro que tal possibilidade de remuneração, limitava-se aos dirigentes com vínculo empregatício.

Assim, o art. 34 da Lei nº 10.637/2002 não inovou sobre a matéria ao estabelecer a possibilidade de manutenção das imunidades tributárias pertinentes às entidades do Terceiro Setor qualificadas como OS's ou OSCIP's,[14] mesmo remunerando seus dirigentes, desde que esses tivessem vínculo empregatício com a instituição e tais remunerações não fossem superiores ao limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal.[15]

Em termos práticos, o fato de permitir exclusivamente a remuneração dos dirigentes empregados, significa dizer que a Lei nº 10.637/2002 apenas incorporou à norma o entendimento das autoridades fiscais constante nos artigos 129 a 131 da Instrução Normativa nº 02/1969, expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, responsável pela fiscalização e eventual aplicação da suspenção de imunidade ou isenção, em caso de não cumprimento dos requisitos previstos na legislação:

[14] No texto original da Medida Provisória nº 66/2002 constavam apenas a possibilidade de remunerar dirigentes de OSCIP's. No entanto, as OS's foram incluídas no texto final da MP, oportunamente convertida na Lei nº 10.637/2002.

[15] Art. 34. A condição e a vedação estabelecidas, respectivamente, no art. 13, § 2º, III, b, da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 12, § 2º, a, da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não alcançam a hipótese de remuneração de dirigente, em decorrência de vínculo empregatício, pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), qualificadas segundo as normas estabelecidas na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e pelas Organizações Sociais (OS), qualificadas consoante os dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente à remuneração não superior, em seu valor bruto, ao limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo Federal.

Instrução Normativa SRF nº 2 de 12/09/1969

129. Os Delegados da Receita Federal, ao comunicarem ao interessado o reconhecimento de isenção do Imposto de Renda, esclarecerão, tendo em vista o disposto nos arts. 30, 31 e 33, da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964,

a) o benefício cessará se:

a.1. as entidades beneficiadas remunerarem os seus dirigentes;

[...]

130. O administrador, a que se referem os arts. 64, letra i, e 177 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 58.400, de 10 de maio de 1966, é a pessoa que pratica, com habitualidade, atos privativos de gerência ou administração de negócios da empresa, e o faz por delegação ou designação de assembleia, de diretoria ou de diretor.

131. São excluídos da conceituação do inciso anterior, os empregados que trabalham com exclusividade, permanente, para uma empresa, subordinados hierárquica ou juridicamente e, como meros prepostos ou procuradores, mediante outorga de instrumento de mandato, exerçam essa função cumulativamente com as de seus cargos efetivos e percebam remuneração ou salário constante do respectivo contrato de trabalho, provado com a Carteira Profissional.

Face ao exposto, verifica-se que "não remunerar" os dirigentes estatutários, sem vínculo empregatício, continuou sendo requisito legal expresso para que as instituições do Terceiro Setor tivessem direito às imunidades ou isenções previstas na legislação de regência, não havendo quaisquer exceções ou privilégios para as OS's e OSCIP's.

2.4 Remuneração dos dirigentes de entidades imunes – Leis nºs 12.868/2013 e 13.151/2015

Com a edição da Lei nº 12.868/2013, finalmente, surge a possibilidade de as instituições do Terceiro Setor, classificadas como imunes, remunerarem seus dirigentes "não empregados", sem a perda das respectivas imunidades tributárias (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS cota patronal).

Foram inseridos no art. 12, da Lei nº 9.532/1997, os parágrafos 4º a 6º estabelecendo os limites e condições para a remuneração dos dirigentes com vínculo empregatício (não estatutários) e sem vínculo empregatício (estatutários)[16], a saber:

§ 4º A exigência a que se refere a alínea "a" do § 2º não impede:

I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício; e

II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

[16] Os parágrafos 4º a 6º foram inseridos por meio do art. 18, da Lei nº 12.868/2013, a saber: "Art. 18. A Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...]"

> § 5º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 4º deverá obedecer às seguintes condições:
>
> I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; e II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.
>
> § 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

Para fins de "isenção" da contribuição ao INSS cota patronal (art. 22 da Lei nº 8.212/1991), a Lei nº 12.868/2013 também inseriu no art. 29, da Lei nº 12.101/2009, os parágrafos 1º a 3º,[17] cuja redação corresponde à literalidade dos parágrafos 4º a 6º inseridos na Lei nº 9.532/1997, acima transcritos, os quais estabelecem os limites e condições para a remuneração dos dirigentes com vínculo empregatício (não estatutários) e sem vínculo empregatício (estatutários).

A partir de então, as entidades sem fins lucrativos enquadradas como imunes poderiam remunerar seus dirigentes "não empregados" e concomitantemente manter os benefícios de imunidade tributária para fins de IRPJ e CSLL (Lei nº 9.532/1997, art.12); PIS e COFINS (Medida Provisória nº 2.158-35/2001, arts. 13 e 14); e INSS cota patronal (Lei 12.101/2009, art. 29).

Com a edição da Lei nº 13.151/2015, "atecnias" contidas na Lei nº 12.868/2013 foram sanadas, tanto as do art. 12, § 2º, alínea "a", da Lei nº 9.532/1997, quanto as do art. 29, inciso I, da Lei nº 12.101/2009. Assim, as respectivas novas redações passaram a prever claramente, em caráter de exceção, a possibilidade de remunerar os dirigentes de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, observadas as condições e limites impostos:

> Lei nº 9.532/1997 - Nova redação dada pela Lei nº 13.151/2015:
>
> "Art. 12. .....
>
> § 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:
>
> a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações;

[17] Os parágrafos 1º a 3º foram inseridos por meio do art. 6º, da Lei nº 12.868/2013, a saber: "Art. 6º A Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...]"

[...]

Lei nº 12.101/2009 - Nova redação dada pela Lei nº 13.151/2015:

"Art. 29. .....

I – não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos, exceto no caso de associações assistenciais ou fundações, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações;

[...]

Naquela oportunidade, a Lei nº 13.151/2015 especificou a abrangência da exceção remuneratória dos dirigentes, possibilitando que apenas determinadas instituições do Terceiro Setor - associações assistenciais ou fundações - remunerem seus dirigentes "não empregados" que atuem efetivamente na gestão executiva da instituição, sem que haja perda das respectivas imunidades tributárias (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e INSS cota patronal).

De forma simplificada, inferia-se que associações assistenciais seriam as entidades beneficentes dedicadas às áreas da saúde, educação e assistência social (*caput* do art. 12 da Lei nº 9.532/1997 combinado com o *caput* do art. 29 da Lei nº 12.101/2009). Quanto às fundações, cumpre destacar que a própria Lei nº 13.151/2015 que instituiu, em caráter de exceção, a possibilidade de remunerar os dirigentes de associações assistenciais ou fundações, também alterou o parágrafo único do art. 62 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil, ampliando o rol de finalidades das fundações:

"Art. 62. .....

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de:

I – assistência social;

II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – educação;

IV – saúde;

V – segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos;

VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos;

IX – atividades religiosas"

Assim, caberia às instituições do Terceiro Setor a árdua tarefa de analisarem seus objetivos estatutários para fins de enquadramento nos conceitos de "associações assistenciais" ou "fundações". Caso não fosse possível, continuariam impedidas de remunerar seus dirigentes "não empregados".

2.5 Remuneração dos dirigentes de entidades imunes e isentas – Lei nº 13.204/2015

Com a edição da Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015,[18] oriunda da Medida Provisória nº 684/2015, finalmente, surge a possibilidade de instituições do Terceiro Setor, classificadas como isentas, também remunerarem seus dirigentes "não empregados" sem a perda das respectivas isenções tributárias (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS). Isso porque, o art. 12, § 2º, alínea "a", da Lei nº 9.532/1997 sofreu nova alteração:

> Lei nº 9.532/1997 - Nova redação dada pela Lei nº 13.204/2015:
>
> "Art. 12. .....
>
> § 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos:
>
> a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações, fundações ou organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e desde que cumpridos os requisitos previstos nos arts. 3º e 16 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, respeitados como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações;
>
> [...]

Segundo a Justificação da Emenda nº 124 à Medida Provisória nº 684/2015, a extensão dos benefícios de remuneração dos dirigentes das organizações da sociedade civil, incluindo as "não assistenciais", visa adequar e aperfeiçoar o ordenamento jurídico brasileiro à realidade dessas organizações, bem como evitar a precarização das relações de trabalho no âmbito do Terceiro Setor.[19]

Assim, a nova redação do art. 12, § 2º, alínea "a", da Lei nº 9.532/1997, dada pela Lei nº 13.204/2015, amplia o rol das instituições do Terceiro Setor que poderão, em caráter de exceção, remunerar seus dirigentes "não empregados" que atuem efetiva-

[18] BRASIL. Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015. "Art. 4º A alínea a do § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação: [...]"

[19] BRASIL. Congresso Nacional. Emendas à Medida Provisória nº 684/2015. Justificação à Emenda nº 124: "A extensão dos benefícios fiscais às organizações, independentemente de se tratarem de entidades assistenciais, trata-se de medida que visa adequar e aperfeiçoar o ordenamento jurídico ao universo das organizações da sociedade civil, assim como contribuir para seu fortalecimento através de medidas voltadas à sua sustentabilidade financeira. A possibilidade de remuneração dos dirigentes das organizações, por sua atuação na execução dos objetivos sociais para os quais as mesmas se constituíram é, por sua vez, necessária para evitar a precarização das relações de trabalho no âmbito das organizações." Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=173444&tp=1. Acesso em: 23/01/2016.

mente na gestão executiva da instituição, sem a perda das respectivas imunidades ou isenções tributárias.

Segundo o novo texto legal, desde que os objetivos sociais da instituição sem fins lucrativos se adequem a pelo menos uma das finalidades para qualificação como OSCIP, previstas no art. 3º da Lei nº 9.790/1999, poderão ser beneficiadas pela referida exceção legal remuneratória, todas as "associações", independentemente de se tratarem de entidades assistenciais, bem como as "fundações" e "organizações da sociedade civil", sendo essas últimas, definidas pelo art. 2º da Lei nº 13.019/2014, alterado pela Lei nº 13.204/2015.[20]

Lembrando que, para as instituições isentas que eventualmente não atendam às exigências legais acima descritas, principalmente em relação a seus objetivos sociais, permanecem inalterados os requisitos e exigências previstos no art. 15 da Lei nº 9.532/1997, para fins de IRPJ e CSLL, bem como os previstos na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art. 13, IV e art. 14, X, para fins de PIS e COFINS; dentre os quais destaca-se a impossibilidade de remunerar os dirigentes "não empregados".

2.6 Remuneração dos dirigentes de entidades isentas do Sistema Nacional do Desporto

A Lei nº 12.868/2013 introduziu o art. 18-A na Lei nº 9.615/1998,[21] que instituiu normas gerais sobre desporto. Dentre os inúmeros incisos, parágrafos e alíneas constantes no referido artigo 18-A, destacam-se as disposições relacionadas à remuneração dos dirigentes:

> Art. 18-A. Sem prejuízo do disposto no art. 18, as entidades sem fins lucrativos componentes do Sistema Nacional do Desporto, referidas no parágrafo único do art. 13, somente poderão receber recursos da administração pública federal direta e indireta caso:
>
> [...]
>
> II - atendam às disposições previstas nas alíneas "b" a "e" do § 2º e no § 3º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;
>
> [...]
>
> § 4º A partir do 6º (sexto) mês contado da publicação desta Lei, as entidades referidas no caput deste artigo somente farão jus ao disposto no art. 15 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 13 e 14 da Medida Pro-

[20] BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. "Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: I - organização da sociedade civil: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos."

[21] O art. 18-A foi inserido por meio do art. 19, da Lei nº 12.868/2013, a saber: "Art. 19. A Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 18-A: [...]"

visória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, caso cumpram os requisitos dispostos nos incisos I a VIII do caput.

Iniciando pelo § 4º, acima transcrito, verifica-se que as "isenções" de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, previstas nas normas mencionas, seriam concedidas a partir de abril de 2014 (6º mês após a publicação da lei), desde que observados os requisitos previstos nos incisos I a VIII do caput.

Nos termos do inciso II do caput, verifica-se que a alínea "a" do § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532/1997, foi suprimida dos requisitos a serem observados pelas entidades de desporto, razão pela qual, entende-se que a partir de abril de 2014, passou a ser permitido remunerar os dirigentes dessas entidades, incluindo os "não empregados". Lembrando que referida norma não estabeleceu quaisquer limites de valores para essa remuneração.

Cumpre destacar que os benefícios acima dispostos, aplicam-se exclusivamente às entidades sem fins lucrativos componentes do Sistema Nacional do Desporto,[22] permanecendo as demais instituições isentas obrigadas a observar, inclusive a alínea "a" do § 2º do art. 12 da Lei nº 9.532/1997.

Isso significa dizer que, a partir de abril de 2014, as entidades de desporto observarão os requisitos previstos na norma especial (art. 18-A, § 4º da Lei nº 9.615/1998), que excepciona a norma geral (art. 15, § 3º da Lei nº 9.532/1997).[23]

3 LIMITES À REMUNERAÇÃO DOS DIRIGENTES DE ENTIDADES IMUNES E ISENTAS

Conforme analisado nos itens 2.4 e 2.5 acima, conclui-se que, em caráter de exceção, as associações, fundações ou organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, imunes ou isentas qualificadas como OSCIP's, poderão remunerar seus dirigentes estatutários - não empregados - que atuem efetivamente na gestão executiva da instituição, sem que haja perda das respectivas imunidades ou isenções tributárias, desde que observadas as condições e limites impostos em lei.

Nesse contexto, considerando que os parágrafos 4º a 6º, do art. 12, da Lei nº 9.532/1997, e os parágrafos 1º a 3º, do art. 29, da Lei nº 12.101/2009, criados pela Lei 12.868/2013, possuem redação idêntica (literal), as análises a seguir, relativas às condições e limites estabelecidos para fins de remuneração dos dirigentes estatutários, tomaram por base os "novos" parágrafos 4º a 6º da Lei nº 9.532/1997 (IRPJ/CSLL), cuja interpretação deverá ser extensiva aos respectivos "novos" parágrafos 1º a 3º da Lei nº 12.101/2009 (INSS cota patronal), a saber:

[22] BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. "Art. 13. O Sistema Nacional do Desporto tem por finalidade promover e aprimorar as práticas desportivas de rendimento. Parágrafo único. O Sistema Nacional do Desporto congrega as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, encarregadas da coordenação, administração, normatização, apoio e prática do desporto, bem como as incumbidas da Justiça Desportiva e, especialmente: I - o Comitê Olímpico Brasileiro-COB; II - o Comitê Paraolímpico Brasileiro; III - as entidades nacionais de administração do desporto; IV - as entidades regionais de administração do desporto; V - as ligas regionais e nacionais; VI - as entidades de prática desportiva filiadas ou não àquelas referidas nos incisos anteriores; VII - a Confederação Brasileira de Clubes."

[23] AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro / Luciano Amaro – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006, p. 181.

> § 4º A exigência a que se refere a alínea "a" do § 2º não impede:
>
> I - a remuneração aos diretores não estatutários que tenham vínculo empregatício; e
>
> II - a remuneração aos dirigentes estatutários, desde que recebam remuneração inferior, em seu valor bruto, a 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal.

Nos termos dos incisos I e II do § 4º, aparentemente, apenas a remuneração dos dirigentes estatutários teria um limite a ser observado pelas instituições. No entanto, conforme o inciso IV, do art. 4º da Lei nº 9.790/1999, os dirigentes empregados - não estatutários - que atuem efetivamente na gestão executiva e/ou prestem serviços específicos para as entidades classificadas como OSCIP's, poderão ser remunerados, desde que respeitados os "valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação".

> § 5º A remuneração dos dirigentes estatutários referidos no inciso II do § 4º deverá obedecer às seguintes condições:
>
> I - nenhum dirigente remunerado poderá ser cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, benfeitores ou equivalentes da instituição de que trata o caput deste artigo; e
>
> II - o total pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo.

Em relação ao inciso I do § 5º, a norma preocupou-se em criar mecanismos de prevenção às eventuais estruturas organizacionais artificiais, arquitetadas com a finalidade de burlar as restrições de remuneração dos efetivos dirigentes das instituições do Terceiro Setor.

Por sua vez, o inciso II do § 5º traz consigo uma atecnia legislativa, cuja redação imprecisa prevê a limitação de **"5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido neste parágrafo"**. A redação correta deveria fazer menção ao limite individual previsto no parágrafo anterior (§ 4º). Isso porque, o inciso II do § 5º tem a pretensão de impor um "limite global" de remuneração para os dirigentes estatutários da instituição, o que em outras palavras, significaria dizer que a despesa total da entidade, a título de remuneração dos dirigentes estatutários, não poderá ultrapassar o montante equivalente a 5 (cinco) vezes o valor da remuneração individual, qual seja: 70% da remuneração de servidores do Poder Executivo federal, conforme previsto no § 4º.

> § 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não impede a remuneração da pessoa do dirigente estatutário ou diretor que, cumulativamente, tenha vínculo estatutário e empregatício, exceto se houver incompatibilidade de jornadas de trabalho.

Por fim, o parágrafo 6º deu legitimidade a uma prática comum em instituições de educação e saúde, relacionada ao fato de seus dirigentes estatutários e não estatutários também atuarem como parte do corpo docente ou médico das respectivas in-

stituições. Nesse sentido, a norma explicitou a possibilidade de dupla remuneração em razão de dupla jornada de trabalho, desde que compatível.

CONCLUSÕES

Desde a década de 1940, a não remuneração dos dirigentes, por qualquer forma, compôs o rol de requisitos e exigências legais para a manutenção das respectivas imunidades ou isenções, aplicáveis às entidades sem fins lucrativos.[24] Esse cenário de total proibição à remuneração dos dirigentes "não empregados" iniciou um louvável processo de alteração com a edição da Lei nº 12.868/2013, alterada pelas Leis nºs 13.151/2015 e 13.204/2015.

Assim, desde a edição da Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, em caráter de exceção, as entidades sem fins lucrativos classificadas como associações, fundações ou organizações da sociedade civil, que tenham em seus objetivos sociais pelo menos uma das finalidades para qualificação como OSCIP's, podem remunerar seus dirigentes estatutários, sem vínculo empregatício, desde que atuem efetivamente na gestão executiva da instituição, sem que haja perda das respectivas imunidades ou isenções de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS e imunidades de INSS cota patronal.

Relativamente às instituições sem fins lucrativos, classificadas pela legislação tributária como isentas, que eventualmente não atendam às exigências legais previstas no art. 12, § 2º, alínea "a" da Lei nº 9.532/1997, principalmente em relação a seus objetivos sociais para fins de qualificação como OSCIP's, permanecem inalterados os requisitos e exigências previstos no art. 15 da Lei nº 9.532/1997, para fins de IRPJ e CSLL, bem como os previstos na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art. 13, IV e art. 14, X, para fins de PIS e COFINS; dentre os quais se destaca a impossibilidade de remunerar os dirigentes "não empregados".

Excepcionalmente, as entidades sem fins lucrativos isentas, componentes do Sistema Nacional do Desporto, poderão remunerar seus dirigentes, conforme previsto no art. 18-A, § 4º da Lei nº 9.615/1998, sem que haja perda das respectivas isenções tributárias (IRPJ, CSLL, PIS, COFINS).

Em relação ao limite de 70% da remuneração máxima estabelecida para os servidores do Poder Executivo federal, a ser observado pelas associações, fundações ou organizações da sociedade civil, qualificadas como OSCIP's, bem como o limite global de 5 (cinco) vezes o limite de remuneração individual, não há como negar que se trata de um grande avanço na legislação tributária aplicável, no sentido de permitir a profissionalização das respectivas entidades do Terceiro Setor.

Por fim, cumpre destacar que a remuneração dos dirigentes não estatutários, com vínculo empregatício, não representa riscos de suspensão das imunidades ou isenções tributárias em questão.

[24] Decreto-Lei nº 5.844/1943, art. 28, § único.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro** / Luciano Amaro – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI nº 2028-5/DF**. DJ 16/06/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347394>. Acesso em: 10/12/2015.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABLE, José. A imunidade tributária das entidades de interesse social com ênfase na remuneração dos dirigentes. **Terceiro setor e tributação v.3**. Brasília: Fortium, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários** / José Eduardo Sabo Paes - 8. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Legislação analisada:

BRASIL. Constituição Federal - CF/88, de 5 de outubro de 1988

_____. Decreto-lei nº 1.089, de 2 de março de 1970

_____. Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943

_____. Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964

_____. Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991

_____. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995

_____. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

_____. Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997

_____. Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998

_____. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

_____. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002

_____. Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009

_____. Lei nº 12.868, de 15 de outubro de 2013

_____. Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015

_____. Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015

_____. Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970

_____. Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991

_____. Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002

_____. Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997

_____. Medida Provisória nº 1.602, de 14 de novembro de 1997

_____. Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998

_____. Medida Provisória nº 1.858-6, de 29 de junho de 1999

_____. Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001

_____. Secretaria da Receita Federal do Brasil. Instrução Normativa SRF nº 2, de 12 de setembro de 1969

MODIFICAÇÕES NA COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FATOR DE VIRAGENS JURISPRUDENCIAIS: O Caso da Execução Provisória de Decisão Condenatória de 2º Grau e o Princípio Da Presunção De Inocência

José Levi Mello do Amaral Júnior[*]
Pedro Paes de Andrade Banhos[*]

"(...) as garantias do processo, historicamente, foram erguidas não apenas e propriamente para a proteção de quem de pronto saudamos como inocentes, mas, sobretudo, para aqueles que, por qualquer razão, a sociedade está sempre pronta para considerar culpados."[1]

Resumo

Na contemporaneidade, as novas dinâmicas sociais, econômicas e políticas impõem que as instituições brasileiras repensem e reavaliem os meios e os instrumentos de enfrentamento das problemáticas visualizadas nos sistemas penal e processual penal. Entre várias questões de difícil resolução, destaca-se a temática proposta no presente estudo referente à evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto à viabilidade jurídica da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário, frente ao princípio constitucional da presunção de inocência. Em tempos recentes, não foram poucas as tensões decorrentes das modificações interpretativas sobre essa questão ocorridas no âmbito da referida Corte. Nesse instigante contexto, busca-se investigar a interação entre as composições da Suprema Corte brasileira, a partir da análise dos posicionamentos individualizados de seus membros, e as viragens jurisprudenciais quanto ao tema em exame.

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal. Composição. Viragem jurisprudencial. Execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição. Presunção de inocência.

---

[*]Procurador Geral da Fazenda Nacional. Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Livre-Docente em Direito Constitucional (USP). Doutor (USP) e Mestre (UFRGS) em Direito do Estado. Procurador da Fazenda Nacional (desde 2000). Foi: Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional (2018-2019); Secretário-Executivo do Ministério da Justiça (2016-2017); Consultor-Geral da União (2015-2016); Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República (2013-2015); Assessor Especial do Governador do Estado de São Paulo (2008-2010); Assessor Técnico na Câmara dos Deputados (2005-2008); Assessor Especial da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais (2003-2005); e Assessor da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2000-2003).

[*]Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (2016) e Advogado

[1] GUEDES, Néviton. O devido processo legal contra a presunção de culpa. In: CONJUR, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/constituicao-poder-devido-processo-legal-presuncao-culpa. Acesso em: 27/06/2018.

MODIFICATIONS IN THE COMPOSITION OF THE FEDERAL SUPREME COURT AS FACTOR OF JURISPRUDENTIAL TURN: THE CASE OF THE PROVISIONAL EXECUTION AFTER CONDEMNATION IN THE SECOND DEGREE OF JURISDICTION AND THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE

Abstract

In contemporary times, new social, economic and political dynamics require that Brazilian institutions rethink and re-evaluate the means and the instruments of confrontation of the problems visualized in the criminal justice system. Among the issues that are difficult to solve, there is the theme proposed in this study related to the jurisprudence evolution of the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF) regarding the legal feasibility of the provisional execution after condemnation in the second degree of jurisdiction, even pending appeal to Superior courts, against the constitutional principle of presumption of innocence. In recent times, tensions have arisen as a result of the interpretative changes on this matter that has taken place at the Court. In this intriguing context, this study aims to investigate the interaction between the compositions of the STF, based on the analysis of the individualized positions of its members, and the jurisprudential turn regarding the subject under examination.

Keywords

Federal Supreme Court. Composition. Jurisprudential turn. Provisional execution after condemnation in the second degree of jurisdiction. Presumption of innocence.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Na atualidade, a interação entre Direito e Política tem se revelado cada vez mais complexa.[2] Ao lado disso, a legitimidade[3] e a composição[4] das Cortes Constitucionais ou das Supremas Cortes ainda hoje são alvos de instigantes debates.

Nesse cenário, pretende-se apurar a relação entre as mais variadas composições do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da análise dos posicionamentos individualizados de seus membros, e a sua evolução jurisprudencial no seguinte tema: a viabilidade jurídica da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário, frente ao princípio constitucional da presunção de inocência.

[2] Dieter Grimm explica que "(...) no nível da aplicação do direito paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais de direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje." GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, 2006. Del Rey, p. 19-20.

[3] Jorge Miranda ensina que "em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forcosamente, uma legitimidade democrática." MIRANDA, Jorge. Sobre a composição do Tribunal Constitucional Português. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. Perspectivas de reforma da justica constitucional em Portugal e no Brasil. Almedina, 2012, p. 15.

[4] Alexandre de Moraes esclarece que "a questão da composição das Justicas Constitucionais é certamente a que provoca as mais equivocadas interpretações e os mais árduos debates, situando-se em dois níveis: político e jurídico." MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59. Por sua vez, Peter Härbele destaca a importância da pluralidade de ideias, interpretações e convicções para a composição e legitimidade das Cortes Constitucionais ou Supremas Cortes. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 20. Ver também: CONJUR. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevista Peter Härbele. In: CONJUR, 2011. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao. Acesso em: 27/06/2018.

Nesse prisma, busca-se investigar como o STF vem enfrentando essa problemática, comparando, em marcos temporais distintos, a posição e a interpretação da Corte e de cada Ministro (a) nos julgados selecionados[5] em que se apreciou detidamente a viabilidade jurídica, ou não, da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção da inocência.

Para tanto, utilizou-se como parâmetro duas correntes interpretativas: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário. Nesse levantamento, não foi considerada a ordem de votação dos membros da Corte.

Feitas essas considerações, o objetivo central da presente pesquisa é: i) constatar a evolução jurisprudencial do tema no âmbito do STF; ii) verificar como o STF e seus membros, individualmente, têm se postado nesses enfrentamentos; iii) retomar o antigo, mas ainda atual, debate referente à eventual interação entre as mais variadas composições do STF e as suas interpretações constitucionais em temas sensíveis.

2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO PROFERIDO EM 2º GRAU DE JURISDIÇÃO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VEM ENFRENTANDO ESSA PROBLEMÁTICA

Não é de hoje que a interpretação do princípio constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade – art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal[6] – é dialogada com a viabilidade jurídica da execução provisória da pena. Tampouco se pode dizer que é recente a discussão acerca da suspensividade dos recursos especiais e extraordinários. Há muito o STF enfrenta essas questões.

O primeiro julgamento em que o Plenário do STF enfrentou a temática em exame ocorreu em 28.06.1991, no julgamento do HC nº 68.726, de relatoria do Ministro Néri da Silveira. Tratava-se de *habeas corpus* contra acórdão que, por unanimidade, manteve sentença condenatória e expediu ordem de prisão ao réu. A parte impetrante alegou que a execução da pena, naqueles moldes, dar-se-ia antes do trânsito em julgado, o que ensejaria violação ao princípio da presunção da inocência.

Naquela oportunidade, o Ministro Relator, em seu voto, consignou o seguinte:

> (...) não considero, de outra parte, a ordem para que se expeça mandado de prisão do réu, cuja condenação a pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, em conflito com a norma do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Em sua fundamentação, argumentou que:

> (...) a ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual, concerne aos interesses da garantia da apli-

[5] Amostra dos julgados selecionados no sítio eletrônico do STF: HC nº 68.726, RHC nº 71.959, HC nº 84.078, HC nº 126.292, ADCs nº 43 e nº 44, ARE nº 964.246, HC nº 152.752, RCLs nº 30.008 e nº 30.245.

[6] CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988. "Art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

> cação da lei penal ou da execução da pena imposta, após reconhecida a responsabilidade criminal do acusado, segundo o devido processo legal, com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, qual na espécie sucedeu.

Por votação unânime, o *habeas corpus* foi indeferido, sagrando-se vencedora a tese pela viabilidade jurídica da execução provisória da pena. Em outros termos, entendeu-se que o mandado de prisão após decisão condenatória proferida em 2ª instância não afronta o princípio da presunção de inocência. Confira-se, na tabela 1, o posicionamento de cada Ministro que compunha a Corte quando do julgamento do HC nº 68.726:

HC 68.726[7]	**Execução provisória da pena**[8]
Ministro Néri da Silveira (Relator)	A favor
Ministro Moreira Alves	A favor
Ministro Octavio Gallotti	A favor
Ministro Célio Borja	A favor
Ministro Paulo Brossard	A favor
Ministro Sepúlveda Pertence	A favor
Ministro Carlos Velloso	A favor
Ministro Ilmar Galvão	A favor
Ministro Marco Aurélio	Ausente justificadamente
Ministro Celso de Mello	Ausente justificadamente
Ministro Sydney Sanches	Ausente justificadamente

Em sentido semelhante, em 03.02.1995, na apreciação do RHC nº 71.959, a Segunda Turma do STF decidiu, por maioria, que:

> o julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão não impede a prisão do réu. O direito do condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não têm efeito suspensivo (artigo 27 - § 2º da Lei 8.038/90).

Interessante observar que, no julgamento realizado pela 2ª Turma, tanto a viabilidade jurídica da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção da inocência, quanto a ausência de efeito suspensivo nos recursos de natureza extraordinária foram alvos de análise pelo referido órgão colegiado. Não obstante tenha prevalecido entendimento contrário, o Ministro Relator Marco Aurélio consignou em seu voto que:

> é preciso que se tenha, portanto, o trânsito em julgado do decreto condenatório, pois somente assim transparece constitucional o cumprimento da pena, tendo em vista o princípio da não-culpabilidade insculpido no inciso LVII do rol das garantias constitucionais (...).

[7] A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

[8] A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

Após pedido de vista, o Ministro Francisco Rezek apresentou divergência ao voto do Ministro Relator, sustentando, por seu turno, que:

> (...) o fundamento do ponto de vista majoritário na turma é a ideia de que, exaurido o primeiro grau de jurisdição penal com uma sentença condenatória, e exaurido o segundo grau com a confirmação da mesma - cabendo ainda recursos, mas de natureza não ordinária; cabendo recursos tão só pela superabundante generosidade do sistema processual brasileiro - pode ter início a execução da sentença condenatória com o recolhimento do réu à prisão.

Por fim, a divergência foi acompanhada pelos demais Ministros que compunham, naquela oportunidade, a Segunda Turma, prevalecendo o entendimento anteriormente fixado no Plenário, pela viabilidade jurídica da execução provisória da pena, sob o argumento de que o mandado de prisão após decisão condenatória proferida em 2ª instância não afronta o princípio da presunção de inocência, vencido o Ministro Relator Marco Aurélio. Nesse sentido, confira-se, na tabela 2, a orientação de cada Ministro quando do julgamento do RHC nº 71.959:

RHC 71.959[9]	**Execução antecipada da pena**[10]
Ministro Marco Aurélio (Relator)	Contrário
Ministro Francisco Rezek (Voto-Vista)	A favor
Ministro Carlos Velloso	A favor
Ministro Néri da Silveira	A favor
Ministro Maurício Corrêa	Ausente justificadamente

Diante do cenário apresentado, constata-se que, no período observado, o entendimento do STF era pela aplicação estrita do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a prisão decorrente de condenação em 2º grau de jurisdição, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária. Ou seja, nesse quadro, entendia-se não haver qualquer afronta ao principio constitucional da presunção de inocência.

2.1 A viragem jurisprudencial

Muito embora tenha sido evidenciada a prevalência, no marco temporal analisado, do entendimento favorável à execução provisória da pena, mesmo na pendência de recursos de natureza extraordinária, foram surgindo, de forma paulatina, significativas divergências quanto à interpretação e aplicação do tema entre a Primeira e a Segunda Turmas do STF.

9 A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

10 A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

Diante dos antagonismos, e com vistas a definir o posicionamento da Corte, foi remetido ao Plenário o HC nº 84.078. Inicia-se, daí, a viragem jurisprudencial no âmbito do STF da temática ora investigada.

Em 05.02.2009, o Pleno do STF apreciou o referido *habeas corpus* e, por maioria, firmou a posição – modificando o entendimento anteriormente fixado pela própria Corte – de que a prisão somente ocorreria após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Nessa oportunidade, a Corte entendeu que eventual ordem de prisão anterior teria caráter cautelar e, por consequência, deveria estar embasada em sua necessidade imediata, sob pena de violação à garantia da presunção de não culpabilidade.

Portanto, verifica-se que, do julgamento do HC nº 68.726, em 1991, até o julgamento do HC nº 84.078, em 2009, houve significativa alteração do posicionamento e da interpretação do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, pelo STF, que a partir de então, entendeu que a execução provisória da pena, sem o trânsito em julgado em definitivo, afrontaria o referido princípio constitucional.

Em substancioso voto no HC nº 84.078, o Ministro Relator Eros Grau consignou que:

> Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º.

Esse entendimento foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Ayres Britto, Cezar Peluso, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Em sentido contrário, isto é, pela manutenção da posição anteriormente fixada pelo STF, a qual possibilitava a execução provisória da pena, votaram os Ministros Menezes de Direito, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Cármen Lúcia.

Nesse viés, cumpre destacar trecho do voto do Ministro Menezes de Direito, de modo a explicitar os fundamentos da corrente que restou vencida naquele julgamento. Em suas palavras, registrou que:

> Não me parece, acentuo desde logo, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição da República ganhe o alcance que se vem pretendendo conferir-lhe. A norma 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória' não pode ser equiparada a uma vedação da privação da liberdade antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial. Nesses recursos o que está em discussão é a tese jurídica e não matéria de fato. O esgotamento do exame da matéria de fato se dá nas instâncias ordinárias. E é nelas que o julgamento se conclui, reservada às instâncias extraordinária e especial o acesso restrito, exatamente para não prolongar indefinidamente os processos e retardar com isso a execução dos julgados. Não é por outra razão que os efeitos desses recursos são limitados, não suspendendo a execução.

Nesse intricado diálogo, entre contrários e favoráveis à execução provisória da pena, é notório que, no julgamento ocorrido em 2009, alterou-se substancialmente o entender da Corte quanto ao tema. Vejamos, na tabela 3, a interpretação de cada membro que compunha o Plenário quando do julgamento do HC nº 84.078:

HC 84.078[11]	Execução provisória da pena[12]
Ministro Eros Grau (Relator)	Contrário
Ministro Celso de Mello	Contrário
Ministro Ayres Britto	Contrário
Ministro Cezar Peluso	Contrário
Ministro Marco Aurélio	Contrário
Ministro Gilmar Mendes	Contrário
Ministro Ricardo Lewandowski	Contrário
Ministro Menezes Direito	A favor
Ministro Joaquim Barbosa	A favor
Ministra Ellen Gracie	A favor
Ministra Cármen Lúcia	A favor

Não obstante se possa cogitar que a alteração jurisprudencial decorreu das modificações fáticas e sociais eventualmente observadas no período entre 1991 e 2009, importa registrar que, dentre os vários componentes que ensejam viragens jurisprudenciais, destaca-se a superveniência de modificações na composição da Corte tomada em consideração, no caso, do STF, daí decorrendo, ao natural, modificações várias na compreensão de pontos diversos da Constituição.[13]

De notar que, no intervalo observado, ou seja, entre 1991 e 2009, somente os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio permaneceram na composição da Corte. Apesar de estarem ausentes justificadamente quando do julgamento do HC nº 68.726, realizado em 1991, os referidos Ministros participaram de outros julgamentos sobre o tema e mantiveram coerentes em seus posicionamentos, no sentido contrário à execução provisória da pena frente ao princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade.

Desta feita, revela-se surpreendente como a modificação da composição da Corte foi capaz de ocasionar, dentre outros fatores, substanciais alterações da jurisprudência, a qual, em movimento pendular, oscila entre a tese favorável e contrária à execução provisória da pena. Em outros termos, o STF vem interpretando, inesgotavelmente e em desafios históricos distintos, a extensão do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, no sistema penal e processual penal brasileiro.

[11] A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

[12] A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

[13] Em trabalho publicado em 2006, anotava-se que, "nos últimos sete anos, oito Ministros do STF aposentaram-se, dois deles no segundo governo Fernando Henrique Cardoso e seis - maioria absoluta - no governo Luís Inácio Lula da Silva. Com isso, diversos entendimentos jurisprudenciais, que eram pacíficos há anos no STF, entraram em rediscussão. Alguns deles já foram modificados. Os efeitos deste fato podem ser bons ou maus conforme a percepção do jurisdicionado afetado. Ainda assim, de modo objetivo, é fácil perceber que não há nisso benefício à segurança jurídica." AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 57, p. 100-108, out./dez, 2006. p. 103.

Se de um lado, é crível que a modificação da composição da Corte representa a saudável e desejável oxigenação e pluralidade de ideias e sensibilidades. Por outro, a incessante mutabilidade do entendimento da Corte quanto ao tema examinado tem resultado, por via transversa, um cenário de insegurança jurídica.

O fato é que execução provisória da pena é questão sensível, delicada. É jurídica, mas também política. E, nos tempos atuais – por alguns, denominado tempos estranhos – a aferição dessa problemática tem sido um desafio.

2.2 A "inversa" viragem jurisprudencial

Conforme se verificou, no primeiro momento (1991 – HC nº 68.726), o STF entendeu pela viabilidade jurídica da execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição. Já em momento posterior (2009 – HC nº 84.078), a Corte modificou seu posicionamento e passou a entender pela inviabilidade jurídica da questão. Curiosamente, o debate ainda não se encerrou.

Em 17.02.2016, alterou-se, novamente, o entendimento da Corte quanto ao tema examinado. No julgamento do HC nº 126.292, de Relatoria do Ministro Teori Zavascki, o Pleno entendeu que:

> (...) a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometeria o princípio constitucional da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Ficaram vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Confira-se, na tabela 4, o posicionamento individualizado de cada membro quando do julgamento do HC nº 126.292:

HC 126.292[14]	**Execução provisória da pena**[15]
Ministro Teori Zavascki (Relator)	A favor
Ministro Edson Fachin	A favor
Ministro Luís Roberto Barroso	A favor
Ministro Luiz Fux	A favor
Ministra Cármen Lúcia	A favor
Ministro Gilmar Mendes	A favor
Ministro Marco Aurélio	Contrário
Ministro Celso de Mello	Contrário
Ministro Ricardo Lewandowski	Contrário
Ministra Rosa Weber	Contrária

Não bastasse isso, em 5.10.2016, o Plenário examinou, mais uma vez, a temática. Nessa ocasião, foram apreciadas as medidas cautelares nas Ações Diretas de Constitu-

[14] A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

[15] A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

cionalidade (ADCs) nº 43 e nº 44, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que as deferiu em decisão monocrática. Entretanto, no julgamento pelo Pleno, por maioria, foram indeferidas as medidas cautelares, prevalecendo o seguinte entendimento:

> Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Nesse sentido, por maioria de votos, sagrou-se vencedora a tese de que a execução antecipada da pena, mesmo na pendência de recurso de natureza extraordinária, não afronta o princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade. Nessa oportunidade, restaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, em parte, Dias Toffoli.

Mesmo diante das múltiplas fundamentações e das variações nos votos de cada membro da Corte, é possível sintetizar que, naquele julgamento, a corrente contrária à execução provisória da pena, defendia, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, que:

> (...) a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII).

Por sua vez, a corrente favorável à execução provisória da pena, sustentava, nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki, que:

> (...) foi à vista da ampla receptividade do sistema processual brasileiro à ação constitucional do habeas corpus e da restrita participação dos Tribunais Superiores na definição de aspectos da culpa que o Supremo Tribunal Federal veio a concluir que a presunção de inocência não impede irremediavelmente o cumprimento da pena.

Já o Ministro Dias Toffoli introduziu inédita interpretação ao tema, apresentando uma terceira corrente, ao compreender que o trânsito em julgado se daria após o julgamento colegiado do recurso especial ou, quando houver, do agravo em recurso especial, bem como dos primeiros embargos de declaração eventualmente opostos, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em suas palavras, votou:

> (...) pela concessão, em parte, da medida cautelar, para o fim de i) se determinar a suspensão das execuções provisórias de decisões penais ordenadas na pendência de julgamento de recurso especial (REsp) ou de agravo em recurso especial (AREsp) que tenham por fundamento as mesmas razões de decidir do julgado proferido pelo Plenário do STF no HC nº 126.292/SP; e ii) se obstar que, na pendência de julgamento de recursos daquela natureza, sejam deflagradas novas execuções provisórias com base nas mesmas razões.

Confira-se, na tabela 5, o posicionamento individual dos membros que compunham o Plenário quando do julgamento das medidas cautelares nas ADCs nº 43 e nº 44:

ADC 43 e 44 (Cautelar)[16]	Execução provisória da pena[17]
Ministro Marco Aurélio (Relator)	Contrário
Ministra Rosa Weber	Contrária
Ministro Dias Toffoli	Contrário, em parte (STJ)
Ministro Ricardo Lewandowski	Contrário
Ministro Celso de Mello	Contrário
Ministro Edson Fachin	A favor
Ministro Luís Roberto Barroso	A favor
Ministro Teori Zavascki	A favor
Ministro Luiz Fux	A favor
Ministro Gilmar Mendes	A favor
Ministra Cármen Lúcia	A favor

Ademais, no mês subsequente ao julgamento das cautelares nas ADCs nº 43 e nº 44, o Plenário Virtual do STF, ao examinar o ARE nº 964.246, reafirmou, no dia 11.11.2016, em sede de repercussão geral (Tema nº 925), o entendimento de que o cumprimento das penas após acórdão condenatório proferido em 2º grau de jurisdição seria juridicamente viável. Nesse sentido, vejamos tabela 6:

ARE 964.246 (TEMA 925 - RG)[18]	Execução provisória da pena[19]	Fundamentos
Ministro Edson Fachin (Relator)	A favor	"A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal."
Ministro Luís Roberto Barroso	A favor	pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministro Luiz Fux	A favor	pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministra Cármen Lúcia	A favor	pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministro Gilmar Mendes	A favor	pela reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministro Marco Aurélio	Contrário	não se trata de reafirmação da jurisprudência sobre a matéria

[16] A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

[17] A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

[18] A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

[19] A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

Ministro Celso de Mello	Contrário	não se trata de reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministro Ricardo Lewandowski	Contrário	não se trata de reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministro Dias Toffoli	Contrário	não se trata de reafirmação da jurisprudência sobre a matéria
Ministra Rosa Weber	Não se manifestou	Não se manifestou

Não obstante o julgamento nas medidas cautelares das ADCs nº 43 e nº 44, em Plenário, e a confirmação daquele entendimento – favorável à execução antecipada da pena – pelo Plenário Virtual, no exame do ARE nº 964.246, as discordâncias individualizadas entre os membros do STF se agravaram, ainda mais, nos acirrados debates presenciados no julgamento, em Plenário, do HC nº 152.752, realizado em 04.04.2018.

Nessa oportunidade, por maioria e nos termos do voto do Ministro Relator Edson Fachin, a Corte denegou a ordem, ficando vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Como é de conhecimento, especulações e previsões acerca de como cada Ministro (a) iria votar tomaram conta do debate público.

Ao fim, o julgamento da matéria se encerrou por seis votos favoráveis à execução provisória da pena, ao lado de cinco votos contrários. Confira-se, na tabela 7, os posicionamentos individualizados de cada Ministro (a) no julgamento do HC nº 152.752:

HC 152.752[20]	**Execução provisória da pena**[21]
Ministro Edson Fachin (Relator)	A favor
Ministro Alexandre de Moraes	A favor
Ministro Luís Roberto Barroso	A favor
Ministra Rosa Weber	Contrária à tese, mas seguiu a posição do colegiado (A favor)
Ministro Luiz Fux	A favor
Ministra Cármen Lúcia	A favor
Ministro Dias Toffoli	Contrário, em parte (STJ)
Ministro Gilmar Mendes	Contrário, em parte (STJ)
Ministro Ricardo Lewandowski	Contrário
Ministro Marco Aurélio	Contrário
Ministro Celso de Mello	Contrário

É cediço que as divergências entre os posicionamentos individuais dos membros da Corte ainda têm despertado tensões e incertezas quanto à viabilidade jurídica, ou não, da execução provisória de acórdão condenatório proferido em 2ª Instância, mesmo na pendência de recursos especial e extraordinário.

[20] A ordem dos membros é aleatória. Agrupamos, a partir do voto do Relator, os favoráveis, contrários e ausentes para melhor visualização.

[21] A pesquisa utilizou como parâmetro duas correntes: os favoráveis e os contrários à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em 2º grau de jurisdição, quando pendentes recursos especial e extraordinário.

Mais recentemente, em 26.06.2018, a Segunda Turma do STF apreciou novamente a temática no julgamento das Reclamações (RCL) nº 30.008 e nº 30.245, ambas de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Em breve síntese, tratava-se de reclamações contra ato do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que teria negado aplicação do entendimento fixado pela Corte no julgamento de dois HCs que beneficiavam os reclamantes. A questão de fundo, por sua vez, relacionava-se à execução provisória da pena por comando automático e genérico.

Em seu voto, o Ministro Relator apresentou ressalva ao entendimento fixado pela Corte quando do julgamento do HC nº 152.752 (execução provisória da pena não afronta o princípio constitucional da presunção da inocência), porém consignou que "(...) à luz do princípio da colegialidade, tenho aplicado o entendimento predominante na Corte a respeito da execução antecipada."

Nessa oportunidade, muito embora o Ministro Relator tenha entendido pela improcedência de ambas as reclamações, concedeu a:

> (...) ordem de habeas corpus de ofício para, excepcionalmente, suspender a execução provisória da pena imposta ao reclamante, até que, nos moldes da compreensão que firmei no HC nº 152.752/PR, o Superior Tribunal de Justiça decida seu recurso.

Esse posicionamento foi seguido pelos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, vencido o Ministro Edson Fachin.

Feitas essas considerações, e reconhecendo as inerentes modificações fáticas e sociais da contemporaneidade, indaga-se: qual é a conexão entre a composição do Plenário do STF, consubstanciada com os posicionamentos individualizados de seus membros, e a efetividade e o respeito de suas decisões ao longo do tempo?

3. DIAGNÓSTICOS E PROPOSIÇÕES: ENCERROU-SE O DEBATE SOBRE O TEMA?

A composição e a forma de investidura dos membros das Cortes Constitucionais e das Supremas Cortes são tópicos que, não raras vezes, retornam às discussões constitucionais contemporâneas.

Nesse contexto, em que os diálogos institucionais merecem ser valorizados, pondera-se se é preciso, ou não, o aperfeiçoamento da previsão constitucional referente à composição e à forma de investidura dos membros do STF.

Alexandre de Moraes[22] destaca que, da primeira república até os tempos atuais, foram poucas as alterações na forma de investidura dos membros da Suprema Corte brasileira. Não obstante isso, José Levi Mello do Amaral Júnior[23] esclarece que "a forma de investidura no STF brasileiro revela-se, em seus resultados práticos, sábia

[22] Sobre a composição e a forma de investidura dos membros do STF, Alexandre de Moraes argumenta que "(...) desde a primeira Constituição republicana de 1891, sofreu poucas alterações, caracterizando-se, basicamente, pela escolha e nomeação vitalícia de seus ministros pelo presidente da República, desde que presente a concordância do Senado Federal, nos mesmos moldes da Corte Suprema dos Estados Unidos." MORAES, Alexandre de. Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes. In: CONJUR, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes Acesso em: 27/06/2018.

[23] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Composição do Supremo deve contemplar a pluralidade. In: CONJUR, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-fev-19/analise-constitucional-composicao-stf-contemplar-pluralidade Acesso em: 27/06/2018.

porque tem levado à Corte pessoas 'de diferentes sensibilidades'." Nessa toada, argumenta que "essas múltiplas experiências que se fazem presentes no STF ao longo do tempo trazem diferentes sensibilidades à interpretação da Constituição (...)."

Muito embora a composição e a forma de investidura de seus membros, nos moldes atuais, possuírem facetas positivas, ao longo da história constitucional, várias propostas e sugestões para modificação dessa previsão constitucional foram apresentadas. Nesse sentido, Alexandre de Moraes[24] defende que:

> A maior participação de todos os poderes na escolha e investidura dos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal e a fixação de mandatos temporários para o exercício do cargo são elementos indispensáveis ao aperfeiçoamento da complementaridade entre democracia e estado de direito, constituindo-se em uma atual necessidade de fortalecimento da legitimidade da justiça constitucional.

Havendo ou não alterações da previsão constitucional referente à composição e à forma de investidura dos membros do STF, é certo que, na contemporaneidade, a relação entre Direito, tempo e Constituição, em conjunto com a complexidade e pluralidade da sociedade, tem sido capaz de relevar interessantes particularidades experimentadas quando da interpretação do texto constitucional pelo STF em variados contextos históricos.

Se de um lado, parece pertinente afirmar que a cada mudança do contexto fático e social, corroborada com a saudável e desejável modificação da composição do STF, as evoluções jurisprudenciais tendem a aparecer.[25] Por outro, mesmo diante da complexidade, mutabilidade e pluralidade da vida contemporânea, é crucial que as Cortes Constitucionais e Supremas Cortes se mantenham coerentes nos julgamentos de questões sensíveis aos direitos fundamentais ao longo do tempo, em prol da própria segurança jurídica.

Ademais, diante da expansão da participação do Poder Judiciário nos tempos atuais, marcados por vezes pelo fenômeno do ativismo judicial, entende-se, nesse estudo, que possibilitar ao Poder Judiciário ultrapassar a sua legitimidade de aplicador do direito e atuar como legislador positivo por intermédio de técnicas de decisão, acaba por resultar em situação que – como diria Humberto Ávila – "obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte)."26

---

[24] MORAES, Alexandre de. Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes. In: CONJUR, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes Acesso em: 27/06/2018.

[25] Sobre essa questão, Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale, em estudo sobre os pensamentos de Peter Härbele na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacam que: "a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional. A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos. Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo." MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/553/365 Acesso em: 27/06/2018.

[26] AVILA, Humberto B. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./fev.mar, 2009. Disponível em:

Sob essa óptica, seguindo a linha argumentativa do referido autor, "não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante."[27]

Em primeiro lugar, defende-se a atuação contida e cirúrgica do Poder Judiciário frente às eventuais omissões legislativas.

Em segundo lugar, não se pode rechaçar por completo os fenômenos da adequação das interpretações constitucionais às dinâmicas sociopolíticas da atualidade, as eventuais mutações constitucionais e as viragens jurisprudenciais. Deve-se, por outro lado, compreendê-las nos termos ensinados por Gilmar Mendes, que explica que "a nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional."[28]

Em terceiro lugar, defende-se a pluralidade, representatividade e complementariedade[29] da composição e da forma de investidura do STF, corroboradas com a saudável e desejável modificação e oxigenação, de tempos em tempos, de modo a propiciar a multiplicidade de sensibilidades e o aprimoramento dos debates da Corte.

Feitas essas considerações, mesmo reconhecendo os reflexos das alterações fáticas e sociais, bem como os efeitos da eventual modificação da composição do STF, verifica-se que, nos julgamentos de questões idênticas ou semelhantes, apreciadas em marcos temporais distintos, o desafio que se impõe, na atualidade, é a urgente e necessária consolidação do posicionamento definitivo do STF referente à viabilidade jurídica da execução provisória da pena, ao menos a médio ou longo prazo.

Isso porque o STF, enquanto instituição permanente, e não pelos entendimentos individuais de seus membros, ocasionais e transitórios, deve privilegiar decisões colegiadas proferidas em Plenário, aplicando, coerentemente, seus precedentes nas Turmas e nas decisões monocráticas, respeitadas as divergências, mas, insista-se, com prevalência do entendimento enquanto órgão colegiado.

De fato, a divergência e a pluralidade de ideias são elementos fundamentais e basilares para o bom funcionamento da Corte.[30] De igual modo, o respeito à colegialidade e aos precedentes fixados também devem ser encarados como essenciais. Nout-

---

http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf Acesso em: 21/05/2016

[27] AVILA, Humberto B. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan./fev.mar. 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf Acesso em: 21/05/2016

[28] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 220.

[29] Alexandre de Moraes explica que a jurisdição constitucional "(...) deve apresentar os três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça Constitucional para que reforce sua legitimidade: pluralismo, representatividade e complementariedade." MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 60.

[30] Jorge Miranda explica que "num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia atual é uma democracia de partidos ou com partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica, da necessidade de fundamentação das decisões e, sobretudo, em virtude do fenômeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão." MIRANDA, Jorge. Sobre a composição do Tribunal Constitucional Português. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil. Almedina, 2012. p. 17.

ro passo, a instabilidade das decisões ao longo do tempo pode propiciar o enfraquecimento da própria instituição.

Posto isto, as viragens jurisprudenciais podem e devem ocorrer, quando preciso, mas com a devida cautela. As novas composições do STF, somadas às novas dinâmicas sociopolíticas, que hão de surgir, devem se atentar à fixação de teses não individualizadas, mas sim coletivas, isto é, precedentes que representem a interpretação da instituição como um todo.

Esse debate se passa também, como já salientado em pesquisa coordenada por Carlos Ari Sundfeld[31], pelo fato de que:

> (...) não é algo trivial identificar qual a fundamentação de uma decisão do Supremo. Isso porque a Corte é composta por 11 ministros, cada qual se manifestando individualmente sobre a questão controvertida - ou seja, por meio de voto individual.

Com efeito, a banalização da interpretação do princípio constitucional da presunção da inocência tem ensejado inseguranças e incertezas no enfrentamento da problemática ora investigada. Independentemente do acerto de uma ou outra compreensão acerca do assunto, "as frequentes modificações havidas na jurisprudência constitucional brasileira comprometem a segurança jurídica." [32] Ademais:

> A literalidade legislativa até pode ser efêmera por força de modificações levadas a efeito pelo próprio Poder Legislativo, mas isso não deve decorrer da atividade do Poder Judiciário. Um mesmo texto legal não pode e não deve ser interpretado pelo Poder Judiciário de diferentes maneiras, mormente pelo seu órgão de cúpula. O STF deve contrabalançar os abusos da maioria, não lhes tomar o lugar. [33]

Por fim, os últimos acontecimentos revelam a necessidade de se repensar, além das questões já expostas, os critérios de definição da pauta do Plenário. Uma hipótese a considerar seria que a cada semestre, ressalvadas situações excepcionais, haja a definição da pauta de forma coletiva e transparente entre os membros da Corte, e não por deliberação única e exclusiva do Presidente.

Não obstante tenha prevalecido, nas últimas decisões do STF, o posicionamento favorável à viabilidade jurídica da execução provisória da pena, pode-se dizer que a temática ainda não foi julgada em definitivo. Importa, aqui, uma atitude de respeito da Corte à sua própria compreensão sobre determinado assunto, gerando coerência consigo mesma e um mínimo de previsibilidade para os jurisdicionados, enfim, segurança jurídica.

---

[31] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, RP de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: P. Gorzoni; HM Pinto; RP de Souza & A. Vojvodic. Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86.

[32] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 57, p. 100-108, out./dez. 2006. p. 105.

[33] AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 57, p. 100-108, out./dez, 2006. p. 105.

CONCLUSÃO

Examinou-se, aqui, a evolução jurisprudencial do STF que se refere à execução provisória da pena. Para tanto, aferiu-se o posicionamento individualizado de cada membro da Corte em julgados previamente selecionados, de modo a averiguar não as interferências das alterações fáticas e sociais, mas sim dos reflexos das variadas composições do STF na interpretação dessa questão.

Em síntese, constatou-se que: i) houve significativas alterações na jurisprudência do STF, no que diz respeito à interpretação da viabilidade jurídica, ou não, da execução provisória da pena frente ao princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade; ii) nos últimos anos, sobretudo em face de modificações na composição do STF, foram observadas variações na compreensão do assunto; iii) a individualização dos entendimentos dos membros do STF, com preocupante frequência, tem se sobressaído às decisões colegiadas proferidas em Plenário; iv) é preciso não apenas uniformizar os precedentes fixados em Plenário, mas, em especial, aplicá-los com rigoroso respeito ao princípio da colegialidade; v) é preciso repensar os critérios definidores da pauta do Plenário, de modo a propiciar maior transparência e coletividade na escolha dos temas a serem julgados pela Corte.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Processo constitucional no Brasil: nova composição do STF e mutação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, p. 100-108, out./dez, 2006.

_____.**Composição do Supremo deve contemplar a pluralidade**. In: CONJUR, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-fev-19/analise-constitucional-composicao-stf-contemplar-pluralidade Acesso em: 27/06/2018.

AVILA, Humberto B. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev.mar, 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf Acesso em: 21/05/2016.

CONJUR. **Constituição é declaração de amor ao país**. Entrevista Peter Härbele. In: CONJUR, 2011. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao. Acesso em: 27/06/2018.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, 2006. Del Rey.

GUEDES, Néviton. **O devido processo legal contra a presunção de culpa**. In: CONJUR, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jun-18/constituicao-poder-devido-processo-legal-presuncao-culpa. Acesso em: 27/06/2018

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed.. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 1, n. 1, 2009. Disponível em: https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/553/365 Acesso em: 27/06/2018.

MIRANDA, Jorge. Sobre a composição do Tribunal Constitucional Português. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil.** Almedina, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2013.

_____.**Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes**. In: CONJUR, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes Acesso em: 27/06/2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, RP de. Accountability e jurisprudência do STF: estudo empírico de variáveis institucionais e estrutura das decisões. In: P. Gorzoni; HM Pinto; RP de Souza & A. Vojvodic. **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **HC 68726**, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 28.06.1991, DJ 20.11.1992

_____.**RHC 71959**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. FRANCISCO REZEK, Segunda Turma, julgado em 03.02.1995, DJ 02.05.1997

_____.**HC 84078**, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05.02.2009, DJe 25.02.2010

_____.**HC 126292**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17.02.2016, DJe 16.05.2016

_____.**ADC 43 MC**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05.10.2016, DJe 06.03.2018

_____.**ARE 964246 RG**, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10.11.2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - DJe 24.11.2016

_____.**HC 152752**, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04.04.2018, DJe 26.06.2018

WHAT WOULD CHANGE IN BRAZIL'S PRACTICE WITH THE ADOPTION OF AN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM IN ITS INVESTMENT AGREEMENTS?

Nitish Monebhurrun[*]

Abstract

Brazil has always rejected investor-State arbitration as a means of dispute settlement and its recent Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments confirms this choice. Nearly seven decades of investment arbitration practice has not convinced Brazil nor has it inflected its position on the matter. This means that should Brazilian investors face a legal problem in the host States with which Brazil has signed an investment agreement, they will, to some extent, be powerless as far as international juridical recourse is concerned in that the Brazilian investors will not be able to sue these States directly before an international arbitral tribunal. This is a disadvantage if compared to the direct access to international arbitration given by the investment agreements of other States to private investors. This article will examine the question of what would effectively change in the Brazil's practice should the investor-State arbitration be incorporated in the Brazilian investment agreements as a dispute settlement mechanism. This would enable the Brazilian government and negotiators to have a comparative factor and measure the pros and cons of inserting an investor-State arbitration clause in the investment agreements. The article concludes that if the arbitration clause is technically and cautiously drafted, there is no need to fear investor-State arbitration.

Keywords: Investor-State arbitration. Brazil. Investment Agreements.

[*]PhD - International Law (Sorbonne Law School, France); Law Professor (University Centre of Brasília, Brazil); Visiting Professor (University of Sabana, Colombia); Director of the Business, Human Rights and Public Policy Clinic (University Centre of Brasília). Doutor em direito internacional pela Escola de Direito de Sorbonne, Paris (Universidade de Paris 1, Panthéon-Sorbonne) e Professor do Centro Universitário de Brasília. Atuou como Professor assistente em Direito Internacional, introducão às relacões internacionais, Direito Internacional Econômico e Metodologia Jurídica na Escola de Direito de Sorbonne, Paris e como consultor do Programa das Nacões unidas para o Desenvolvimento para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Brasil, Brasília. Mestrados realizados em Direito Internacional Econômico e em Direito Internacional respectivamente na Escola de Direito de Sorbonne, Paris e na Universidade Jean-Moulin Lyon III, Lyon, Franca. Graduacão em Direito pela Universidade Lumières Lyon II, Lyon, Franca. Bolsista da Academia de Direito Internacional em 2010. É professor visitante no Programa do Mestrado da Universidad de la Sabana (Bogotá). Já foi Professor visitante/convidado na Universidade Aix-Marseille, na universidade Paris V, René Descartes e na Escola de Direito de Sorbonne, Pari, na Universidade Javeriana (Bogotá, Colômbia), na Universidade Salgarcao (Goa, India), na Universidade Najad Abad (Isfahan, Irã). Coordena a Clínica de Empresas, Direitos Humanos e Políticas Públicas do Programa de Mestrado/Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

O QUE MUDARIA NA PRÁTICA DO BRASIL COM A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM INVESTOR-ESTADO COMO MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS SEUS ACORDOS DE INVESTIMENTOS?

Resumo

O Brasil sempre rejeitou a arbitragem investidor-estadual como meio de resolução de controvérsias e os seus recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos confirmam essa escolha. Quase sete décadas de arbitragem de investimentos não convenceram o Brasil, nem influíram a sua posição sobre o assunto. Em consequência, caso os investidores brasileiros enfrentem um problema jurídico nos países com os quais o Brasil assinou um acordo de investimento, eles ficarão impotentes no que diz respeito ao recurso jurídico internacional, pois os investidores brasileiros não serão capazes de processar os seus países anfitriões diretamente perante um tribunal arbitral internacional. Isso é uma desvantagem se comparado com o acesso direto à arbitragem internacional dado pelos acordos de investimento de outros países aos seus investidores privados. Este artigo examinará o que efetivamente mudaria na prática do Brasil, caso a arbitragem entre investidor e Estado fosse incorporada nos acordos de investimento brasileiros como mecanismo de solução de controvérsias. Sendo assim, o artigo oferecerá ao governo brasileiro e os negociadores um fator comparativo para poder mensurar os prós e contras de inserir uma cláusula de arbitragem entre investidor e Estado nos acordos de investimentos. O artigo conclui que, se a cláusula de arbitragem for elaborada técnica e cautelosamente, não há necessidade de temer o instituto de arbitragem entre investidor e Estado.

Palavras-Chave

Arbitragem Estado-investidor. Brasil. Contratos de investimento.

1 INTRODUCTION

Since 2015, Brazil signed ten (10) Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments[1]. It thereby unveiled its new investment treaty model. Brazil has indeed always been out of the circuit of international investment law[2] and the specialized community of jurists awaited to see how dexterously the agreement would be framed. More specifically, the focus was set on the dispute settlement mechanism. And, without an iota of surprise, the Brazilian model had ousted the Investor-State arbitration, a dispute settlement mechanism commonly used by other countries[3]. Having international investment law set in its background, this article discusses what would change in Brazil's practice had investor-State arbitration been adopted as a means of dispute resolution method.

International investment law, in its modern form, finds its first, tender, roots in the post-colonization period, in a conjuncture of political, economic and, to some extent, cultural tension between newly born States and the ex-colonial States[4]. The first

[1] These agreements have been signed with Angola, Malawi, Mozambique, Chile, Colombia, Mexico, Suriname, Ethiopia, Guyana and the United Arab Emirates. Brazil also signed a Free-Trade Agreement with Chile, an Economic and Trade Expansion agreement with Peru. They are available at: https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iiaInnerMenu

[2] MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. **Journal of International Dispute Settlement**. Vol.8. 2017. Pp.80-81.

[3] VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **Journal of World Investment and Trade**. No.19. 2018. pp.475-512.

[4] SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017, p.26 *et seq*.

category of States wanted to maintain and consolidate a permanent sovereignty over their natural resources[5], away and far from any colonial yoke so as to avoid a wave of neo-colonization. The second category of States nourished the will and desire to maintain their investors in their ex-colonies. And the freshly independent States championed the application of domestic laws to foreign investments; the once colonial States preferred a minimum standard of investment protection determined by international law[6]. The decolonized States rapidly realized that their level of technological advance and financial capacity were not advanced enough to indulge in an autonomous exploration and exploitation of their resources. A collaboration had to be established with foreign companies — in the name of their economic development[7]. However, for such purposes, these companies had to be guaranteed a sufficient level of legal protection to encourage their international investments. It is within the ambit of this dialectic that the agreements on the protection and promotion of investment were born as a compromise.

The originality of these agreements is the dispute settlement mechanism between foreign investors and their host States: arbitration. Arbitration is, of course, a very ancient means of conflict resolution method[8]. This said, in the sixties, its use in disputes between private investors and States constituted an unprecedent novelty. Indeed, an investor — physical or legal person —, could sue its host State before an international arbitral tribunal on the basis of the violation of an investment agreement. The investor became the claimant and the State, the defendant. This dispute settlement mechanism proved efficient and is provided for by a majority of the more than 3,000 existing bilateral or multilateral investment agreements[9]. In other words, over the decades, arbitration has gained the confidence of most States even if it does not always operate at optimal capacity. Parallelly, arbitral tribunals have gradually built up an international investment case law commonly used in the interpretation of investment agreements[10]. In this context, arbitration as an alternative means of dispute resolution was undoubtedly a success story.

Interestingly, Brazil has persistently shown skepticism and resistance towards the idea of an investor-State arbitration system[11]. Such dispute settlement practice has not yet convinced the Brazilian State and constituted one of the reasons justifying the non-ratification of the bilateral investment treaties it signed in the nineties given that

[5] MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press. 2015. P. 78 *et sea.*; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 2012. Pp. 4 *et sea.*; MONEBHURRUN, Nitish. **La fonction du développement dans le droit international des investissements. Paris: L'Harmattan.** 2016. Pp.66-70.

[6] DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 2012. Pp.3-4.

[7] MONEBHURRUN, Nitish. **La fonction du développement dans le droit international des investissements. Paris: L'Harmattan.** 2016. Pp.66 *et sea.*

[8] PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. 7th ed. **Droit international public**. Paris: LGDJ. 2002. P.45.

[9] These agreements are available at: https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA

[10] DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 2012. Pp.33-34.

[11] KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment Arbitration in Brazil Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. **Arbitration International**. Vol.4. no.3. 2008. p.432 *et sea.*; VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **Journal of World Investment and Trade**. No.19. 2018. P.486.

they contained such an arbitration clause[12]. In the same vein, the recent Brazilian agreements on cooperation and facilitation of investments exclude investor-State arbitration. Nearly seven decades of investment arbitration practice has not convinced Brazil nor has it inflected its position which remains impermeable. This means that should Brazilian investors face a legal problem in the States with which Brazil has signed an investment agreement, they will, to some extent, be powerless as far as international juridical recourse is concerned: the Brazilian investors will not be able to sue these States directly before an international arbitral tribunal. This is a disadvantage if compared to the direct access to international arbitration given by the investment agreements of other States to private investors.

Seen from abroad, the Brazilian distrust towards arbitration is seldom understood. And from a local perspective, the technical meanders of investor-State arbitration are sometimes unknown: the lack of Brazilian practice in this area means that the technical studies are scarce, the university lectures and courses are very rare whilst international investment law, as a field of study, is only incipient in Brazil and must, to some extent, be demystified; this is what is proposed hereinafter namely regarding investor-State arbitration. Indeed, this article will peruse the question of what would effectively change in the Brazil's practice should the investor-State arbitration be incorporated in the Brazilian investment agreements as a dispute settlement mechanism. The aim is not to praise and sanctify arbitration as an infallible mechanism but to explain technically and critically what characterizes its practical functioning. This would enable the Brazilian government and negotiators to have a comparative factor and measure the pros and cons of inserting an investor-State arbitration clause in the investment agreements.

Resultantly, it can be stated that enabling an arbitration procedure between foreign investors and host States favorizes a depoliticization of the dispute (**2**) and even if a politicization of the very arbitral tribunals is sometimes criticized, namely when they interfere in the host States police powers (**3**), it still is possible to circumscribe the arbitrators' powers and competences when negotiating the investment agreements in the upstream (**4**).

2 INVESTOR-STATE ARBITRATION AS A MEANS TO DEPOLITICIZE THE DISPUTE

Investor-State arbitration opens the locks for a foreign private investor to have direct access to an arbitral tribunal against its host State. The investor thus has full command to initiate the arbitration procedure. Consent for arbitration is given by the defendant States when signing and ratifying an investment agreement which contains an arbitration clause; the investor reciprocally gives its consent when it submits a case to an arbitral tribunal. There is a temporal offset between the offer of arbitration from the host States and its acceptation by investors[13]. Most importantly, inves-

[12] ICSID. **History of the ICSID Convention. Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.** Washington: ICSID. Vol. II. Part 1. 1968 (reprinted in 2009). P.306.

[13] PAULSSON, JAN. Arbitration Without Privity. **ICSID Review – Foreign Investment Law** Journal. Vol.10, no.2, 1995. Pp.232-257; POTESTÀ, Michelle. The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws. **Arbitration International**. Vol.27. no.2. 2011. P.152; LIM, Chin Leng; HO, Jean; PAPARINSKIS, Martins. **International Investment Law and Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. P. 87 *et seq.*

tors must not rely on their home States[14] — that is, on the good will of their home States —, to initiate the procedure when their protected rights have been allegedly violated. International investment agreements are framed to provide a direct protection to foreign investors and, in principle, no intermediary body is needed to claim such protection[15]. Overall, investor-State arbitration has objectively been a successful and satisfactory dispute settlement mechanism and it has, for this reason, been used over decades in international investment law.

Before the institution of such an arbitration system, disputes between private investors and States were solved through the channel of diplomatic protection. As per the theory of diplomatic protection, a damage caused to a private person can, under certain circumstances, be considered as tantamount to a damaged caused to its home State[16]; the latter accordingly acts on behalf of its national to seek reparation before an international tribunal. In the famous *Mavrommatis* case, the Permanent Court of International Justice (PCIJ) had held as early as 1924:

> "It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law"[17].

Under this logic, the case is internationalized and a State-to-State dispute is born[18]: the investor's home State will consequently sue its host State. To some extent, the private investor dwindles in the case's background and from a directly involved party, it becomes a mere fact to the case. Diplomatic protection rests upon some conditions[19]: the investor must obviously have the nationality of the home State and must have exhausted all local remedies in the host State[20]. This said, access to diplomatic protection depends on the home State's discretion, meaning that it can accept or refuse its national's demand[21]. During the exercise of diplomatic protection, the investor's home State which is not originally involved in the case and which might enjoy friendly relationships with the host State will have to sue the latter. And when the investor's home State sues its host State, the case between both States can take a political turn. A purely contractual relationship between an investor and its host State

[14] The home State is the State of nationality.
[15] This protection ranges from fair and equitable treatment, full protection and security, national treatment, most-favored nation treatment to protection against expropriation, amongst others. For more details on each specific standard, see: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. Pp.98-212.
[16] DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. **Droit international public**. 12th Ed. Paris: Dalloz, 2014. p.543; COMBACAU, Jean ; SUR, Serge. **Droit international public**. 11th ed. Paris: LGDJ, 2014. p.533.
[17] *The Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ, Series A, no.2, Judgement (30/08/1924), p.12.
[18] COMBACAU, Jean ; SUR, Serge. **Droit international public**. 11th ed. Paris: LGDJ, 2014. pp.534-535.
[19] ASCENSIO, Hervé. **Droit international économique**. Paris: PUF, 2018, p. 113-115.
[20] *Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America*), I.C.J., Judgement (31/03/2004), para.40.
[21] COMBACAU, Jean ; SUR, Serge. **Droit international public**. 11th ed. Paris: LGDJ, 2014. p.535; DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann, **Droit international public**. 12th Ed. Paris: Dalloz, 2014. p.543.

thus boils down to a potential diplomatic conundrum. Therefore, for political, strategic or economic reasons, a State can sovereignly decline a request for diplomatic protection; it has a discretionary power to do so given that its nationals do not have a right to diplomatic protection[22]. In such a case, the private investor is, in principle, left without any legal remedy at the international level. Said otherwise, when it comes to diplomatic protection, investors are at the mercy of their home States' good will for their cases to be heard and judged by an international tribunal. They can thus be left without any hearing and without any eventual reparation[23]. And this is the situation in which the Brazilian investment agreements put foreign investors in Brazil and Brazilian investors abroad.

As argued elsewhere, the Brazilian investment agreement model adopts an interesting approach regarding dispute settlement because it focuses more on dispute prevention than on a traditional contentious procedure[24]. The Brazilian Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments provide for the establishment of a Joint Committee which is supposed to work hand-in-hand with an Ombudsperson with the idea of acting as an articulating intermediary between the foreign investors and the Host States[25]. Henceforth, the aim is to solve any nascent conflict between both parties before it boils down to an irreversible legal dispute. If such an administrative intervention proves unproductive, the next step would then be arbitration, the latter being however demarcated to State-State arbitration. The model is interesting and original. It prioritizes a conciliatory approach which, if successful, would enable to save on the costs which normally characterize international arbitration.

Having said that, this mechanism faces some limits which raises a range of doubts regarding its function and purpose as an efficient dispute settlement system. Firstly, the Brazilian Ombudsperson will have its seat at the Brazilian Chamber of External Trade (CAMEX). Any entity acting as ombudsperson is expected to be independent from the parties involved in a dispute. The CAMEX is however a governmental body under the orders of the Brazilian State, with a duty of coherence with Brazil's line of public policy and external affairs. It is, for this reason, hard to see how the CAMEX will be able to work as an independent ombudsperson and gain the full confidence of foreign investors. This is undoubtedly an important lacuna. Secondly, what the Brazilian investment agreement model actually proposes is a way back to diplomatic protection. This means that foreign investors in Brazil and Brazilian investors abroad will necessarily have to submit their cases to local tribunals and will, accordingly, be obliged to exhaust all local remedies. This investment agreement model is modern and novel in a number of ways; however, in terms of dispute settlement, it was not innovative. On the contrary, it undeniably paves the way towards a potential politicization of the dispute.

[22] DE NANTEUIL, Arnaud. **Droit international de l'investissement**. Paris: Pédone. 2017. p.20; LIM, Chin Leng; HO, Jean; PAPARINSKIS, Martins. **International Investment Law and Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press. 2018. p.5.

[23] DE NANTEUIL, Arnaud. **Droit international de l'investissement**. Paris: Pédone. 2017. p.20 *et seq.*

[24] MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. **Journal of International Dispute Settlement**. Vol.8. 2017. P.83 *et seq.*

[25] ACFIs between Brazil and Chile (24/11/2015) art.18; between Brazil and Suriname (02/05/2018) art.18; between Brazil and Ethiopia (11/04/2018) art.17; between Brazil and Colombia (09/10/2015) art.16; between Brazil and Malawi (25/06/2015) art.3; between Brazil and Mexico (26/05/2015) art. 14; between Brazil and Angola (01/04/2015) art.4; between Brazil and Mozambique (03/03/2015) art.4.

Brazil will therefore have to stand up for its private investor against the latter's host State before an arbitral tribunal. This means that in case of disputes of multiple Brazilian investors in a given country (say Angola), Brazil — under the reservation of its discretionary power —, might have to sue the same State several times. Conspicuously, this can be prejudicial to maintaining sound diplomatic relationships with that country. The case of a private Brazilian investor will henceforth expand its dimensions to take a political turn. This politicization could be easily avoided by providing for an investor-State arbitration system in the agreements. It seems that an ideological approach (of resistance) of the Brazilian State to international arbitration has taken the lead on this issue and has substituted more pragmatic considerations which would be more beneficial to its own investors.

True, investor-State arbitration has sometimes been criticized because of the arbitral tribunal's intrusion in the host State's regulatory powers while solving the dispute, meaning that a politicization might, in any case, exist even at this level. This will be discussed in the next section before arguing how the arbitral tribunal's jurisdiction can be circumscribed.

3 A POSSIBLE POLITICIZATION OF THE DISPUTE BY THE ARBITRAL TRIBUNAL'S INTRUSION IN THE HOST STATE'S REGULATORY POWERS

Cases brought by private investors against their host States before international arbitral tribunals sometimes have an indirect political character. This happens when a State adopts a given regulatory measure — aiming, for instance, to protect the environment, the population's health or any other public good —, which is contested by a private investor under the argument that such measure is detrimental to its investment. In this case, the investor will invoke a violation of an applicable investment agreement; in turn, the State will argue that it is exercising its regulatory power to protect the public interest. There is a general legal understanding validating the State's right and capacity to regulate in good faith and in a non-discriminatory manner to uphold its population's interests[26]. The same State must nevertheless guarantee the foreign investor's rights and protection as set in investment agreements[27]. If not, a legal dispute will be resultantly born and will, in most cases, have to be settled by an arbitral tribunal. This means that a panel of three arbitrators will somehow have to intervene in a matter regarding a State's sovereign police powers. It is this particular aspect of international investment arbitration which is sometimes considered as politically tainted[28].

[26] See for instance: *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Uruguay*, ICSID case no. ARB/10/7, Award (08/07/2016), para. 291 *et seq.*; *Marvin Roy Feldman Karpa v. Mexico*, ICSID ARB (AF)/99/1, Award (16/12/2002), para. 103; *Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v. Mexico*, ICSID case no.ARB (AF)/00/2, Award (29/05/2003), para.119. See also: SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p.461.

[27] See generally: TITI, Aikaterini. **The Right to Regulate in International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos, 2015. Pp.72-73.

[28] DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and the TTIP Negotiations. **Zentra Working Papers in Transnational Studies.** Vol. 48. 2015.pp.1-28.

The *Philip Morris v. Uruguay* arbitration is, for instance, a good case in point. In 2003, Uruguay signed and ratified the World Health Organization's Framework Convention on Tobacco Control[29] and it accordingly adopted a series of internal measures on cigarette packaging policies. These measures provided for the inscription of warnings for the consumer on eighty percent of the cigarette packages and imposed branding limits, meaning that the company could only use the *Marlboro Red* brand, excluding the others[30]. Philip Morris is a private company incorporated in Switzerland. This country signed a bilateral investment agreement with Uruguay on the 7th October 1988. Invoking the said agreement, Philip Morris argued, amongst others, that the measures adopted by Uruguay were arbitrary and hence violated the fair and equitable treatment clause[31] and that they were furthermore tantamount to an expropriation, that is, the measures were so intrusive in the business' activities that they constituted *in fine* an indirect expropriation[32]. This article does not aim at revisiting all the technical legal questions and answers which lurk in this case's background[33]. It is its context which is relevant: a sovereign State adopting legal measures to protect the local population's health; these measures being contested by a private foreign company on the basis of an international investment agreement, which, in the practice of international investment law, is commonplace; and the whole dialectic being ultimately submitted to be cleared by an arbitral tribunal acting as last linchpin. The risk of having a biased arbitration is in this sense questioned[34].

It is at this junction that the case can be politicized (or considered as such), namely because a sovereign decision on matters of public interest — matters which are sometimes part of the State's *domaine reservé* — will be adjudicated by an arbitral tribunal. A private investor can question a State's regulatory policies before such a tribunal with a successful outcome, in which case the State might have to pay heavy reparations. The fact that a private interest can supercede public interest rooted in regulatory powers and that three arbitrators, with an ultimate say, have such an important matter resting in their hands is what potentially turns the case politically tainted. The legitimacy of an arbitral tribunal to deal with such issues has been questioned. The situation has been described as a "threat to states' regulatory interests"[35]. On this question, Professor Sornarajah wrote that "the democratic legitimacy of a tribunal that is called to deal with such issues is suspect"[36], considering that such a tri-

[29] Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (06/07/2016), para. 85.
[30] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (06/07/2016), paras. 9-11.
[31] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (06/07/2016), p.88 *et seq.*
[32] *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (06/07/2016), p.48 *et seq.*
[33] For more detail, see for example: ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay. **Brazilian Journal of International Law.** Vol.14. no.2. 2017. Pp.94-120.
[34] An interesting study of this question is available in: SCHULTZ, Thomas; DUPONT, Cédric. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. **European Journal of International Law**. Vol.25. no.4. 2015. Pp.1147-1168. See also: VAN HARTEN, Gus. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. **Osgoode Hall Law Journal**. Vol.53. no.2. 2016. Pp.540-586.
[35] TITI, Aikaterini. **The Right to Regulate in International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos. 2015. p.68.
[36] SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017. p.462.

bunal is in utter disconnection with host State's local reality, needs, necessity and policies[37].

Arbitral tribunals' "super powers" have exponentially been drawn under the spotlight mostly recently. This occurred because States which were traditionally capital exporting ones — mainly European ones — started to appear as defendants in arbitration cases. The now famous *Vattenfall v. Germany* case[38] set the debate's tone. In 2011, after the Fukushima disaster in Japan, Germany decided to gradually end its nuclear energy production by 2022. Vattenfall, a Swedish energy production company which had established its activities in Germany considered that this measure was in violation of the Energy Charter Treaty: the dispute was born. This case rose a general outcry from European States and its respective civil society; they indeed seemed to discover that investors can sue States before arbitral tribunals on the basis of an investment agreement[39]. What actually came as a surprise was to see an important European State being sued before an international arbitral tribunal whilst the history of international investment law had chiefly been marked by the opposite trend: European companies suing other countries, namely developing ones.

From this point on, some States of the European Union, like Germany, which had traditionally included an investor-State arbitration clause in their investment agreements seemingly started to become skeptical vis-à-vis this dispute settlement mechanism[40]. On the spur of the moment, arbitral tribunals became politically tainted and illegitimate because they could be brought to discuss and question the State's regulatory power. The Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) has, in this sense, discarded investor-State arbitration by instituting a permanent investment tribunal[41] having jurisdiction over cases involving private investors against their Host State or against the European Union[42]. There is a small trend engulfing developed and developing countries which questions the legitimacy of investor-State arbitration[43].

It is a similar skepticism that has always characterized the Brazilian position[44] and which other States seem to be discovering now. Whether or not we agree with the merits of Brazil's policy choices vis-à-vis investment arbitration, its coherence

[37] SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p.462.
[38] *Vattenfall AB and others v. Germany*. Case no. ARB/12/12 (Vattenfall II) (arbitration in progress).
[39] MONEBHURRUN, Nitish. E eles descobriram a arbitragem investidor-Estado. **Revista de Direito Internacional**. Vol.12, no.2, 2015. Pp.12-14.
[40] ASTERITI, Alessandra. Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation. **Journal of World Investment and Trade.** Vol.16, 2015, pp.249-250; NOLAN, Mikael. Challenges to the Credibility of the Investor-State Arbitration System. **American University Business Law Review.** Vol 5, 2016. Pp. 429-445; KULICK, Andreas. Investment Arbitration, Investment Treaty Arbitration and Democracy. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**. Vol. 4, 2015. Pp.441-460; VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **Journal of World Investment and Trade**. No.19, 2018. p.482.
[41] Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), art. 8.27.
[42] Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), art.8.21.
[43] TRACKMAN, E. Leon. Choosing Domestic Courts over Investor-State Arbitration: Australia's Repudiation of the Status Quo. **University of New South Wales Law Journal**. Vol.35, no.3, 2010. pp.979-980.
[44] KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment Arbitration in Brazil Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. **Arbitration International**. Vol.4, no.3, 2008. Pp.423-445.

cannot be denied. The State's understanding of investment arbitration has always been that of a privileged forum granted to foreign investors to the detriment of local investors. The privilege is consequently exacerbated if the foreign investors have, in addition, the capacity to question local public (interest) policies and regulations. In this regard, one of the neighboring countries' — Argentina — negative experience in matters of investor-State arbitration[45] also acted as a red flag alert. But already in 1964, during the *travaux préparatoires* leading to the adoption of the Washington Convention instituting the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), Brazil's dissenting statement on the matter was crystal clear. The *Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention* reads:

> "Brazilian constitutional law guaranteed the judicial power a monopoly of the administration of justice (see Art. 141, paragraph IL, of the Brazilian Constitution) and therefore it would be inadmissible to create within the territory of the nation a body entrusted with decisions in the field of law. Were such activities to be delegated to an international organization, the violation of this constitutional precept would be even more flagrant. Another aspect of the problem that raised doubts in his mind was that despite the optional character of the draft Convention, foreign investors would be granted a legally privileged position, in violation of the principle of full equality before the law."[46]

This understanding has permeated the Brazilian practice over decades and has not changed even though Brazil has become a capital exporting country. It maintains another vision of investment protection which does not necessarily consider arbitration as its most important feature. Besides, the argument concerning "the monopoly of the administration of justice" of domestic courts put forward by the Brazilian diplomacy in 1964 has recently become topical at the European Union level. Indeed, in the landmark *Achmea* case, the Court of Justice of the European Union (CJEU) decided in a preliminary ruling that arbitration clauses found in bilateral investment treaties signed between member States of the Union are incompatible with European law whose natural judge is the CJEU[47].

Distrust is what currently seems to characterize investor-State arbitration. A mentioned earlier, the new Brazilian investment agreement model has opted for a State-State arbitration mechanism as one of its dispute settlement mechanism. On pragmatic grounds, this was possible because Brazil had a stronger bargaining power than its signatory partners, that is, States like Malawi, Angola, Mozambique, Ethiopia, Suriname, Colombia, Mexico, amongst others. It was thus able to 'impose' its investment agreement model. It remains to be seen if Brazil will still be able to maintain this position during its future negotiations with States having the same or superior bargaining power. The new Brazilian political scene is also likely to influence the nature

[45] BURKE-WHITE, William. The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**. Vol.3. 2008. Pp.199-234.

[46] ICSID. **History of the ICSID Convention. Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.** Washington: ICSID, Vol. II, Part 1, 1968 (reprinted in 2009), P.306.

[47] Slowakische Republik v. Achmea BV. CJEU. Case C-284/16 (06/03/2018). Para. 60. For a case commentary, see: ROBERT-CUENDET, Sabrina. L'arrêt de la Grande Chambre de la CIUE du 6 mars 2018 dans l'affaire Achmea: la fin des TBI européens? **European Papers**. Vol.3. no.2. 2018. Pp.993-1004.

of future investment agreements. As a matter of fact, the newly elected President and the new Government might be tempted to give a more liberal shade to the investment agreements, and this could eventually include investor-State arbitration. Additionally, the new President and his team[48] have, from their first steps, clearly shown an alignment with the (actual) American government, namely with its international policy. New trade and investment perspectives and opportunities might thus be redefined. If this takes the legal shape of a free trade agreement between the two States, investor-State arbitration, as a usual American practice, might be gently proposed to and accepted by Brazil. These political factors might pave the way to revisit the Brazilian posture regarding international investment arbitration.

Still, independently of how the wind blows to shape Brazil's future decisions on investment arbitration, the negotiators, who are not always international investment law specialists, must know that the negotiating States can frame and contain arbitral tribunal's jurisdiction. Henceforth, if there lurks a doubt about how political will be the arbitrators' approach, there are legal techniques which enable to overcome this problem.

4 LIMITING THE POLITICIZATION OF DISPUTES BY CIRCUMSCRIBING THE ARBITRAL TRIBUNALS' JURISDICTION IN INVESTMENT AGREEMENTS

There exists an eternal debate regarding in whose favor — investor or State — do arbitral tribunals decide the most and interesting works have been produced on this subject[49]. Many studies however mainly undertake a quantitative and statistical survey of arbitral awards to conclude on the existence of a bias, be it in favor of the investor or of the State. Quantitative and empirical studies are undoubtedly of paramount importance but must go hand-in-hand with a qualitative analysis to guarantee even more objective results. Indeed, it can be claimed that if the States parties or investors to a dispute are more prone to be winners or losers[50], it might not necessarily be in reason of the tribunal's bias but only because they have stronger or weaker claims[51] — such conclusions would require a deep analysis of the merits of each award. Still, States might consider such statistics or decide only on the basis of a hearsay to discard investor-State arbitration. It is here claimed that States should rather spend more time and energy to frame the arbitration clauses in their investment agreements in a way to decide beforehand what is the extent of the tribunal's jurisdiction.

---

[48] The freshly nominated Minister of Foreign Affairs, for instance.

[49] See for instance: VAN HARTEN, Gus. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. **Osgoode Hall Law Journal**. Vol.53. no.2. 2016. Pp.540-586; DONOBAUER, Julian; NEUMAYE, Eric; NUNNENKAMP, Peter. Winning or Losing in Investor-to-State Dispute Resolution: The role of Arbitrator Bias and Experience. **KIEL Working Paper**. No. 2074. March 2017. Pp.1-30; FRANCK D., Susan. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration. **North Carolina Law Review**. Vol.86. no.1. 2007. Pp.2-88.

[50] The general idea is well developed in: VAN HARTEN, Gus. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. **Osgoode Hall Law Journal**. Vol.53. no.2. 2016. Pp.540-586.

[51] MONEBHURRUN, Nitish. The Political Use of the Economic Development Criterion in Defining Investments in International Investment Arbitration. **Journal of International Arbitration**. Vol.29. no.5. 2012. Pp.578-580.

An arbitration clause must not necessarily be an opened door invitation to litigate. It must be recalled that arbitral tribunals have the jurisdictional limits which they are granted by States in investment agreements. If Brazil fears that arbitral tribunals will have super powers or that they will interfere in matters of public interest, it has the sovereign capacity to circumscribe their competence.

This can be done following two main techniques. The first one, which many States, including Brazil, have adopted is to provide for a specific article on the right of regulation in the investment agreements[52]. Indeed, many of the recent investment agreement include such a provision protecting the States' regulatory space. In its Agreements on Cooperation and Facilitation of Investments, Brazil (and the other signatory States), agreed that foreign investment activities must be in line with domestic regulation and policies on the issues of the environment, of health, of labor and of national security[53]. Similarly, article 23 of the Morocco-Nigeria bilateral investment agreement is entitled 'Right of State to Regulate' and provides that:

> "In accordance with customary international law and other general principles of international law, the Host State has the right to take regulatory or other measures to ensure that development in its territory is consistent with the goals and principles of sustainable development, and with other legitimate social and economic policy objectives."[54]

Such agreements are not isolated[55] and enable to draw a line of articulation between investment protection and the national public interest which States also have the duty to protect. This means that arbitral tribunals will have no choice but to take the host State's right to regulate into account while construing the investor's due level of protection. They will have to make sure that protecting foreign investment is not done at the cost of what has been defined by the host State as national public interest and/or priority. Also, the foreign investors will be aware of such provisions on the right to regulate and will be expected to fine-tune their expected level of protection accordingly. As such, by including these provisions in their investment agreements, States provide a set of guidelines to arbitral tribunals, thereby (pre)defining and eventually reducing their margin of appreciation.

In the same vein, States secondly have the possibility of drafting arbitration clauses by delineating arbitrable matters, that is, subjects which fall within the ambit of an arbitral tribunal's jurisdiction and those which are resultantly excluded. This can be done on a sectorwise basis or by subject matter: hence, given sectors (petrol, gas, banking, infrastructure for instance) and given matters (national treatment, most-favored nation, environmental regulation, health, security, for instance) would be considered as non-arbitrable matters. If it is, of course, not an easy procedure to in-

[52] TITI, Aikaterini. **The Right to Regulate in International Investment Law**. Baden-Baden: Hart Publishing, 2014, p. 123 *et seq.*

[53] ACFIs between Brazil and Chile (24/11/2015) art.17; between Brazil and Suriname (02/05/2018) art.17; between Brazil and Ethiopia (11/04/2018) art.16; between Brazil and Colombia (09/10/2015) art.15; between Brazil and Mexico (26/05/2015) art. 13(2)(e); between Brazil and Angola (01/04/2015) Annex II (iv); between Brazil and Mozambique (03/03/2015) Annex II (v).

[54] Bilateral Investment Agreement between Morocco and Nigeria (03/12/2016), art. 3(2).

[55] See: CETA (30/10/2016), art. 8.9; *Comprehensive and Enhanced Partnership Agreement* between the European Union and Armenia (24/11/2017), art. 273

clude or exclude sectors and matters from the competence of arbitral tribunals, such a negotiation policy is perfectly feasible.

It firstly depends upon the bargaining power which Brazil has vis-à-vis its commercial partners. Secondly, as per the circumstances, Brazil has to consider whether it is in a capital-exporting or in a capital-importing position. The bargaining power acts as a pendulum which would enable the Brazilian State to oscillate from a more conservative to a more liberal stance and vice-versa in framing the dispute settlement clause of its investment agreements.

When negotiating with a State to which Brazil exports more private capital than it imports therefrom — say Mozambique, Angola, Malawi or Ethiopia —, it would be recommendable to include an investor-State arbitration clause in the investment agreements. In the event of a dispute, private Brazilian investors will thus have the possibility of suing their host State directly with no need to depend on their home State's diplomatic protection; and, as Brazil would mostly be in a capital-exporting country position, it minimizes the probability of being sued by investors of the other signatory States. To avoid treaty and forum shopping — that is, investors opening a shell company in one country with which Brazil has signed an investment agreement only to benefit from the latter when investing in Brazil —, a denial of benefits clause could be preventively inserted in the agreements. By the mechanism of a denial of benefits clause a State "reserve[s] the right to deny the benefits of [a] treaty to a company incorporated in a state but with no economic connection to that state"[56], that is, when the investor does not operate a substantial investment activity therein[57]. This is common practice in international investment law[58]. A denial of benefits clause helps construe — and circumscribe — an arbitration clause. Similarly, an opened arbitration clause must be read together with the most-favored nation clause. The latter extends the protection and advantages of an investment agreement to other investors whose home States are not originally parties to the agreement[59]. In this case, as often done by Brazil itself[60], the most-favored nation clause can simply specify that it does not extend to dispute settlement resolution. As a capital-exporting country, this would be Brazil's position on investor-State arbitration.

As a capital-importing country, the investor-State arbitration clause can still be maintained. However, it would in this case have to be strategically drafted in a more

[56] DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. P.55.

[57] GASTRELL, Lindsay; LE CANNU Jean-Paul. Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**. Vol.30. no.1. 2015. Pp.78-97.

[58] For instance: The United States Investment Treaty model (2012), art. 17; Canada's Investment Agreement model (2014), art. 19; ASEAN Comprehensive Investment Agreement (26/02/2009), art. 19; European Union-Japan Economic Partnership Agreement (17/07/2018), art.8.19; Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (08/03/2018), art.9.15.

[59] DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. Pp.206 *et sea.*; SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p.318, p.378; SCHILL W., Stephan. Mulitilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. **Berklev Journal of International Law**. Vol.27. no.2., 2009. Pp.496-569.

[60] See, for example, Brazil's Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments with Chile (24/11/2015), art. 6(3)(a)(i) or with Colombia (09/10/2015), art. 5(3)(a)(i).

restrictive fashion so as to exclude sectors or matters which Brazil considers as non-arbitrable. Brazil is arguably in a position to do so when negotiating with developed and highly industrialized States. This practice is, for example, adopted by China[61]. A subtle tendency can be noticed in the way arbitration clauses are structured in Chinese investment agreements. In some cases, it can be inferred that a more opened or restricted arbitration clause is related to how economically powerful are its partners. In this sense, the bilateral investment agreement between China and the ASEAN provides in its article 14 (1) which disputes are arbitrable whilst article 14 (2) states the non-arbitrable disputes[62]. A similar pattern is visible in China's investment agreements with Canada[63] and Australia[64]. However, investment agreements signed with States like Tanzania[65] or Uzbekistan[66], to mention some of the most recent ones, have an opened arbitration clause. This approach to arbitration provisions based on strategic differentiation gives a more realistic shade to what the host State is materially prepared to bear as responsibility. The State accepts investor-State arbitration as a dispute settlement mechanism only when it is sure that it is not dangerously exposed to a chain of claims from investors. This is what is proposed to Brazil as a capital-importing State.

5 CONCLUDING REMARKS

This article aimed to provide some guidelines to Brazilian negotiators on some possible techniques of drafting an investor-State arbitration clause in an investment agreement. The article criticized the systematic repudiation of arbitration as a dispute settlement mechanism by Brazil, especially when this is done on the basis of non-technical reasons which are prejudicial to Brazilian investors investing abroad. Political considerations can always lurk in the background of any legal case and can blast in such a way to influence an arbitral tribunal's award. For this reason, the paper addressed a series of techniques which can help redefine arbitral tribunals' jurisdiction as per the States' interests. All in all, the article explains that there is no reason to fear investor-State arbitration or arbitral tribunals when the arbitration clause has been cautiously drafted.

REFERENCES

ASCENSIO, Hervé. **Droit international économique**. Paris: PUF. 2018.

ASTERITI. Alessandra. Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation. **Journal of World Investment and Trade.** Vol.16. 2015.

[61] For the legal literature on Chinese investment agreements, see: BATH, Vivian. The South and Alternative Models of Trade and Investment Regulation: Chinese Investment and Approaches to International Investment Agreements. *In*. MOROSINI, Fabio; RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle. **Reconceptualizing International Investment Law from the Global South**. Cambridge. Cambridge University Press. 2018. Pp. 68 *et seq.*

[62] Agreement on investment of the framework agreement on comprehensive economic cooperation between the People's Republic of China and the Association of Southeast Asian Nations (15/08/2009).

[63] Bilateral Investment Agreement between China and Canada (09/09/2012). Annex D.34.

[64] China-Australia Free Trade Agreement (17/06/2015). Art. 9.12 (1).

[65] Bilateral Investment Agreement between China and Tanzania (24/03/2013). Art.13.

[66] Bilateral Investment Agreement between China and Tanzania (19/04/2011). Art. 12.

BATH, Vivian. The South and Alternative Models of Trade and Investment Regulation: Chinese Investment and Approaches to International Investment Agreements. *In*. MOROSINI, Fabio; RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle. **Reconceptualizing International Investment Law from the Global South**. Cambridge. Cambridge University Press. 2018.

BURKE-WHITE, William. The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System. **Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy**. Vol.3. 2008.

COMBACAU, Jean ; SUR, Serge, **Droit international public**. 11t^{h} ed. Paris: LGDJ. 2014.

DE NANTEUIL, Arnaud. **Droit international de l'investissement**. Paris: Pédone. 2017.

DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and the TTIP Negotiations. **Zentra Working Papers in Transnational Studies.** Vol. 48. 2015.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press. 2012.

DONOBAUER, Julian; NEUMAYE, Eric; NUNNENKAMP, Peter. Winning or Losing in Investor-to-State Dispute Resolution: The role of Arbitrator Bias and Experience. **KIEL Working Paper**. No. 2074. March 2017.

DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann, **Droit international public**. 12th Ed. Paris: Dalloz. 2014.

FRANCK D., Susan. Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration. **North Carolina Law Review**. Vol.86. no.1. 2007.

GASTRELL, Lindsay; LE CANNU Jean-Paul. Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. **ICSID Review**. Vol.30. no.1. 2015.

ICSID. **History of the ICSID Convention. Document concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.** Washington: ICSID. Vol. II. Part 1. 1968 (reprinted in 2009).

KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment Arbitration in Brazil Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration. **Arbitration International**. Vol.4. no.3. 2008.

KULICK. Andreas. Investment Arbitration, Investment Treaty Arbitration and Democracy. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**. Vol. 4. 2015.

LIM, Chin Leng; HO, Jean; PAPARINSKIS, Martins. **International Investment Law and Arbitration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

MILES, Kate. **The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital**. Cambridge: Cambridge University Press. 2015.

MONEBHURRUN, Nitish. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. **Journal of International Dispute Settlement**. Vol.8. 2017.

MONEBHURRUN, Nitish. **La fonction du développement dans le droit international des investissements. Paris: L'Harmattan.** 2016.

MONEBHURRUN. Nitish. E eles descobriram a arbitragem investidor-Estado. **Revista de Direito Internacional**. Vol.12. no.2. 2015.

MONEBHURRUN, Nitish. The Political Use of the Economic Development Criterion in Defining Investments in International Investment Arbitration. **Journal of International Arbitration**. Vol.29. no.5. 2012.

NOLAN. Mikael. Challenges to the Credibility of the Investor-State Arbitration System. **American University Business Law Review.** Vol 5. 2016.

PAULSSON, JAN. Arbitration Without Privity. **ICSID Review – Foreign Investment Law** Journal. Vol.10. no.2. 1995. Pp.232-257

PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. 7th ed. **Droit international public**. Paris: LGDJ. 2002.

POTESTÀ, Michelle. The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws. **Arbitration International**. Vol.27. no.2. 2011.

ROBERT-CUENDET, Sabrina. L'arrêt de la Grande Chambre de la CJUE du 6 mars 2018 dans l'affaire Achmea: la fin des TBI européens? **European Papers**. Vol.3. no.2. 2018.

SCHILL W., Stephan. Mulitilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. **Berkley Journal of International Law**. Vol.27. no.2., 2009.

SCHULTZ, Thomas; DUPONT, Cédric. Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study. **European Journal of International Law**. Vol.25. no.4. 2015.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

TITI. Aikaterini. **The Right to Regulate in International Investment Law**. Baden-Baden: Nomos. 2014.

TRACKMAN E, Leon. Choosing Domestic Courts over Investor-State Arbitration: Australia's Repudiation of the Status Quo. **University of New South Wales Law Journal**. Vol.35. no.3. 2010.

VAN HARTEN, Gus. Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication (Part Two): An Examination of Hypotheses of Bias in Investment Treaty Arbitration. **Osgoode Hall Law Journal**. Vol.53. no.2. 2016.

VIDIGAL, Geraldo; STEVENS, Beatriz. Brazil's New Model of Dispute Settlement for Investment: Return to the Past or Alternative for the Future?. **Journal of World Investment and Trade**. No.19. 2018.

ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay. **Brazilian Journal of International Law.** Vol.14. no.2. 2017.

O AUMENTO DO CUSTO RECURSAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: Uma Análise Econômica

André Luis Cateli Rosa[*]
Valter Moura do Carmo[*]

Resumo

O presente artigo aborda consequências do aumento do custo recursal introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo novo CPC. Para tanto, demonstra alterações introduzidas a esse respeito, constitucionalidade e viabilidade sob os aspectos econômicos. Utiliza como sistema de referência a "Análise Econômica do Direito". Destarte, uma criteriosa revisão de literatura e legislação foram preceitos básicos do estudo. Tais consequências são apresentadas na investigação, vinculadas à apreensão da análise econômica do direito, à relação do Poder Judiciário com a economia, às principais alterações trazidas pelo novo CPC e respectiva constitucionalidade. Após a análise pontual de tais institutos, procedeu-se com sua integração para sobejar a presente proposta interpretativa, núcleo vital deste estudo. O raciocínio teleológico, portanto, progride rumo à mescla destes institutos. Em conclusão, verifica que o aumento do custo recursal é válido perante o sistema de referência proposto, tendo em vista que é capaz de proporcionar efeitos econômicos positivos para o país.

Palavras-chave

Custo recursal. Direito e economia. Novo Código de Processo Civil.

THE INCREASE OF THE COSTS OF APPEAL IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE: AN ECONOMIC ANALYSIS

ABSTRACT

This article addresses the consequences of the increase in the cost of appeals introduced in the Brazilian legal system by the new CPC. It demonstrates the changes introduced in this regard, and its constitutionality and feasibility under economic aspects. It uses as reference system the

[*]Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A. Administrador e Advogado sócio-fundador do Escritório Cateli & Bordenal. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas. Professor dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos ? UNIFIO. Professor de Pós Graduação Lato Sensu. Autor de livros e artigos científicos. Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia.

[*]Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2009); mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2012) e doutorado em Direito pela UFSC (2016), tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPD da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDi. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. Editor da Estudos: Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da UNIMAR e editor-adjunto da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

"Economic Analysis of Law". Thus, a careful review of the literature and legislation were basic precepts of this study. These consequences are presented in the investigation, related to the apprehension of the economic analysis of law, the relationship of the judiciary with the economy, the main changes brought by the new CPC and its respective constitutionality. After the punctual analysis of those elements, we proceed with their integration to complete the present interpretative proposal, vital nucleus of this study. The teleological reasoning, therefore, progresses towards the merger of these institutes. In conclusion, it points out that the increase of the recursal cost is valid before the proposed reference system, since it is capable of providing positive economic effects for the country.

Keywords
Recurrent cost. Law and economics. New Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil introduziu no ordenamento jurídico pátrio algumas inovações, dentre as quais se destaca o aumento do custo recursal, cujo desdobramento certamente levará à maior reflexão das pessoas antes de movimentarem o Poder Judiciário.

Esse aumento do custo recursal resulta da introdução de multas por litigância de má-fé em função da interposição de recursos em situações específicas, que serão demonstradas e, principalmente, em função da majoração dos honorários advocatícios, sempre que houver sucumbência recursal.

Diante dessa nova realidade processual parece adequado questionar: o aumento do custo recursal consubstancia-se em indevida restrição recursal, resultando em obstáculo ao pleno acesso à justiça? Ou se trata de um meio adequado para se obter a celeridade processual?

Nesse contexto, a validade e as consequências desse aumento do custo recursal ganham especial importância, tendo em vista que afetam diretamente princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio, como o acesso à justiça e a celeridade processual, motivo pelo qual passa a ser o objetivo deste estudo.

Para tanto, utiliza como sistema de referência a "Análise Econômica do Direito", que analisa as externalidades proporcionadas em função da aplicação das leis e orienta para que se concretize da forma que proporcione maior eficiência e racionalidade, levando-se em consideração o diálogo entre direito e economia, sem prejuízo de se observar o ordenamento jurídico vigente.

Dessa forma, primeiramente aborda em que consiste o sistema de referência proposto e como ele será aplicado no presente estudo, demonstrando os conceitos de externalidade, racionalidade e custos de transação, de forma a proporcionar um adequado corte metodológico para o desenvolvimento do estudo.

Na sequência, demonstra a influência que o Poder Judiciário pode exercer em relação ao desempenho econômico de uma sociedade organizada, tendo em vista que é o responsável pela aplicação da lei quando do surgimento de controvérsias.

Em prosseguimento, destaca quais foram as alterações introduzidas pela nova legislação em relação ao aumento do custo recursal, abordando a sucumbência recur-

sal e as multas agora passíveis de aplicação, tecendo considerações acerca de possíveis violações ao acesso à justiça e ao duplo grau de jurisdição, bem como exercendo análise econômica acerca do aumento do custo recursal no Novo Código de Processo Civil.

Destarte, uma criteriosa revisão de literatura e legislação foram preceitos básicos do estudo que persegue as consequências do aumento do custo recursal. Tais consequências, de cunho fundante, são apresentadas na investigação, vinculadas à apreensão da análise econômica do direito, a relação do Poder Judiciário com a economia de mercado, as principais alterações trazidas pelos novos dispositivos legais e respectiva constitucionalidade.

A análise pontual de tais institutos somente cedeu espaço quando da união dos mesmos para sobejar a presente proposta interpretativa, núcleo vital deste estudo. O raciocínio teleológico, portanto, progride rumo à mescla desses institutos de suma importância para verificação das consequências e validade do aumento do custo recursal.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO SISTEMA DE REFERÊNCIA

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 2015, introduziu modificações no ordenamento pátrio que tornaram os custos recursais mais onerosos, de forma a causar maior reflexão à parte sucumbente sobre a viabilidade do manejo de recursos às instâncias superiores.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, responsável por julgar os recursos e aplicar os custos recursais aos sucumbentes, ganha especial importância, vez que se trata de instituição fundamental ao desempenho econômico, tendo em vista que é um dos principais responsáveis por garantir a propriedade, o cumprimento dos contratos e viabilizar segurança e previsibilidade às relações econômicas.

Assim, por meio de uma análise dos efeitos concretos dos novos institutos pretende-se demonstrar uma visão realista dos fenômenos jurídicos (realismo jurídico), afastando uma análise apenas formal (FREIRE, 2010, p. 21-30), levando-se em conta que, para tanto, os institutos processuais sejam examinados também sob a perspectiva econômica, vez que a atuação do Poder Judiciário sob os novos preceitos do Código de Processo Civil de 2015 trará impactos diretos que serão avaliados pela sociedade, principalmente sob a ótica econômica.

Dessa forma, o diálogo entre direito e economia mostra-se essencial para oferecer as melhores soluções para a sociedade em qualquer tempo, principalmente nos tempos atuais, em que essas ciências cada vez mais se relacionam.

Questão que sempre surge quando se refere à relação entre direito e economia é a busca do bem-estar social. A regulação da economia pelo direito somente pode ocorrer de forma racional caso haja um profundo estudo e conhecimento das relações econômicas a que se pretende regular. Sem um estudo prévio e conhecimento das relações econômicas, pode-se chegar a um estado de super-regulação, resultando num contexto em que a positivação e aplicação do direito pode inviabilizar o melhor

desenvolvimento das atividades econômicas, resultando em desinteresse em investimentos e inovações, ocasionando atraso na evolução da sociedade. Pode-se afirmar, ainda, que a ausência de prévia e competente análise da economia pelo direito, no bojo da inserção e aplicação de normas, pode inviabilizar as atividades econômicas no médio e longo prazo.

Levando-se ainda em consideração que as pessoas agem racionalmente, é importante destacar que incentivos externos certamente conduzirão a comportamentos em busca de prêmios ou para afastar punições. Nessa seara, tem-se que o direito deve ser considerado um incentivo externo à economia, vez que da forma como positivado e aplicado pode levar as pessoas a atuarem de maneiras diversas frente à exploração da atividade econômica. Sendo assim, se positivado ou aplicado sem levar em consideração os aspectos econômicos, pode inibir essa atividade caso pressuponha punições para aqueles que de alguma forma queiram desenvolvê-la, da mesma forma que pode estimulá-la caso pressuponha prêmios para aqueles que a explorem. Nesse sentido, na esteira da evolução da sociedade, a análise das relações econômicas certamente levará à possibilidade de formulação e aplicação das normas jurídicas de forma que possibilitem cada vez mais torná-las mais eficientes sob a ótica de se obter um melhor desempenho econômico da nação, refletindo em consequente bem-estar social.

A utilidade da análise econômica do direito reveste-se em encontrar a racionalidade de toda e qualquer decisão, independente de estar dentro ou fora do mercado, tendo em vista que toda a atividade humana não instintiva se abarca nesse conceito e pode, por isso, ser economicamente analisada (SCHMIDT, 2014, p. 206).

Segundo Almendanha e Gonçalves (2014, p. 53) a análise econômica do Direito é uma técnica que

> consiste em aplicar preceitos da economia ao direito para tentar compreender possíveis consequências das regras jurídicas e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, permitindo ao profissional do direito entender os prováveis efeitos que advirão das diferentes posturas legais.

Assim, o método que leva em conta a economia para a análise e aplicação do direito, considerando a interação entre o pensamento econômico e o Direito, passa a ganhar força e se consolida por meio dos estudos realizados por Richard A. Posner.

Posner entende que o Direito deve ser interpretado e pensado a partir dos princípios da Economia. Iniciando por uma lógica pragmática, defende um método de interpretação consequencialista para o Direito, transformando-o num instrumental pautado pelos efeitos das decisões jurídicas. Nesse contexto, esclarece que as decisões judiciais devem ser orientadas pelo padrão de análise custo-benefício, o qual denomina maximização da riqueza, representando este um verdadeiro princípio ético-comportamental (POSNER, 2010, p. 14).

Sustenta que o Poder Judiciário deve ser previsível e estável para oferecer ao mercado segurança para o livre fluxo dos recursos. As decisões judiciais devem, pois, estar livres de subjetividades valorativas decorrentes da lógica jurídica principiológica e se pautarem pela diretriz da eficiência na alocação de recursos.

Nesse contexto, a perda de recursos/esforços representa um custo social, o que é indesejável sob qualquer perspectiva, de forma que a utilização do direito na

produção e aplicação de normas deve visar o alcance do melhor resultado econômico com o mínimo de erros ou perdas, o que resultará na obtenção de melhor rendimento e alcance dos objetivos de maneira mais produtiva, tornando nítida a necessidade de se considerar a relação existente entre direito e economia.

Assim, pode-se afirmar que o Direito é um sistema aberto que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Por isso, defensores da teoria evolucionista das sociedades admitem que o conjunto de regras socialmente predispostas serve à organização das relações intersubjetivas e, em dado momento, se consagra como Direito posto. Assim, fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação e aplicação das normas (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 83).

No mais, tratando-se da aplicação das normas por uma instituição – Poder Judiciário –, ponto essencial a se destacar é o ensinamento de Douglas North, que esclarece que as instituições têm a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo (NORTH, 1994, p. 359-368).

Nesse sentido, ao se tomar a economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano, seus instrumentos mostram-se poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico (NUSDEO, 2015, p. 43-44).

É sob essa perspectiva, ponderando-se as externalidades resultantes e a escolha racional, que será analisado o aumento do custo recursal no Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista os efeitos concretos dos institutos jurídicos, a fim de apresentar uma visão realista em detrimento de uma análise meramente formal do direito.

2 EXTERNALIDADES, ESCOLHA RACIONAL E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Externalidades são os efeitos sociais, econômicos e ambientais indiretamente causados pela ação de um agente que de alguma forma participa desse contexto, ou seja, ocorre quando o bem-estar de uma determinada pessoa é afetado em função de decisões tomadas por outra(s) pessoa(s).

A questão das externalidades tem sido estudada de forma multidisciplinar, cada área ressaltando seus próprios interesses e analisando o problema com uma ótica distinta.

No que tange ao aspecto econômico, as externalidades ocorrem quando os agentes econômicos interagem no mercado, gerando de alguma forma malefícios ou benefícios para indivíduos alheios ao processo.

Ana Maria Nusdeo a define como "custos ou benefícios cujos ônus ou vantagens recaem sobre terceiros, não participantes de uma relação de mercado" (NUSDEO, 2012, p. 19).

Ensina Fábio Nusdeo, que:

> Em suma, os efeitos externos ou externalidades representam benefícios ou custos que se transferem de umas unidades do sistema econômico para ou-

> tras para a comunidade como um todo, extra-mercado, isto é, este não tem condições para captá-los, para equacionar o seu processo de troca e de circulação. Daí o nome de custo social dado também ao efeito externo negativo ou deseconomia externa. Na realidade, ele é um custo que deixa de ser incorrido pela unidade que o gerou, por aquele que conduz a atividade à qual serviu. Ele deixa assim de ser privado, para recair indiretamente sobre terceiros que poderão vir a ser identificados ou não (NUSDEO, 1975, p. 124).

Complementa o mesmo autor em outra de suas obras, esclarecendo que:

> As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas (NUSDEO, 2015, p. 124).

No mesmo sentido é o entendimento de Ronaldo Seroa da Motta ao explanar que:

> As externalidades estão presentes sempre que terceiros ganham sem pagar por seus benefícios marginais ou percam sem ser compensados por suportarem o malefício adicional. Assim, na presença de externalidades, os cálculos privados de custos ou benefícios diferem dos custos ou benefícios da sociedade. Assim, externalidade existe quando o bem-estar de um indivíduo é afetado, não só pelas suas atividades de consumo como também pelas atividades de outros indivíduos (MOTTA, 1997, p. 224).

Dessa forma, tem-se que as externalidades podem ser positivas (quando há ganhos sem pagamento por seus benefícios marginais) ou negativas (quando há perdas em função de um malefício adicional sem serem compensadas), tudo em função de atividades de outros indivíduos cujos atos não se comunicam diretamente com esses que ganham ou perdem.

2.1 Externalidades positivas

Externalidades positivas são benefícios acarretados a alguém sem qualquer compensação ao seu gerador. Podem-se citar, como exemplos, as consequências econômicas positivas que ocorrem quando uma empresa desenvolve um método de produção ou administração de baixo custo que é absorvida gratuitamente por outra empresa ou quando um fazendeiro preserva uma área florestal que favorece gratuitamente a proteção do solo de outros fazendeiros.

Fábio Nusdeo exemplifica trazendo à baila que a "florada das maçãs" exerce efeito positivo sobre a produção de mel. Ressalta ainda que uma criação de abelhas, além de produzir o mel e gerar alimento e recursos monetários para o produtor, gera a importante externalidade positiva de polinização das plantas (NUSDEO, 2015, p. 127).

Ou seja, ganhos sem pagamento por seus benefícios marginais, tudo em função das atividades de outros indivíduos cujos atos não se comunicam diretamente com esses que ganham.

2.2 Externalidades negativas

Externalidades negativas são aquelas que causam um custo para alguém, determinado ou indeterminado, sem que o tenham ocasionado.

Um exemplo é a degradação ou exaustão de recursos ambientais decorrentes das atividades de produção e consumo de certos bens que prejudicam a saúde humana e a produção de outros bens que também destroem a fauna e flora (MOTTA, 1997, p. 224).

Podem-se mencionar, como exemplos, ainda, o caso de uma fábrica que produz fumaça que é prejudicial para a vizinhança; uma indústria que despeja seus resíduos líquidos poluentes em um rio, de onde os pescadores retiram os peixes para sobreviver; a desvalorização imobiliária decorrente da poluição sonora de que são vítimas as famílias que residem perto de grandes avenidas e viadutos etc.

Ou seja, perdas em função de um malefício sofrido por pessoas sem serem compensadas, tudo em função de atividades de outros indivíduos cujos atos não se comunicam diretamente com esses que perdem.

2.3 Controle das externalidades

O fenômeno do controle de externalidades envolve o controle desses fatores externos positivos ou negativos que influenciam na economia, o que pode ser feito através da elaboração e aplicação de leis. Em condições de normalidade (neutralidade), o pressuposto é que o equilíbrio de mercado, na ausência da norma, tenha as propriedades do cenário tido por ideal. Todavia, esse equilíbrio externo exige tempo para que aconteça, de forma que, por meio das leis, através de regulação de externalidades, possa-se alcançar esse equilíbrio com maior rapidez.

A ação eficiente no controle de externalidades se torna importante parâmetro de análise e de aplicação dos princípios econômicos ao Direito, apresentando-se como critério a ser utilizado pelos juristas. Destaque aos conceitos de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks.

Inserida nesse contexto, a busca pela maximização da eficiência que resulte no controle de externalidades envolve o estudo das leis e sua aplicação, tendo por propósito o uso da Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente. Utiliza-se o critério de eficiência de Pareto junto com todas as outras premissas da economia neoclássica.

Segundo a eficiência de Pareto, a modificação de um quadro será superior ao anterior estado de coisas, se dela resultar benefício para ao menos um sujeito, sem gerar prejuízo para outros.

Pode-se abordar a eficiência também pela mera "maximização de ganhos e minimização de custos" e, sob essa ótica, uma situação será eficiente se a única maneira de elevação dos benefícios for, também, o aumento dos custos.

Já a maximização da eficiência pelo critério de *Kaldor-Hicks*, é aquela pela qual há situações em que os prejuízos impostos por dada alteração podem ser objeto de uma

compensação. Nesses casos, deve-se considerar como melhoria aquelas modificações que redundem em benefícios para alguns e piora para outros, desde que haja a possibilidade de os primeiros realizarem a compensação necessária para a satisfação dos prejudicados. O que se analisa é o efeito líquido global da alteração, de modo que se o excedente gerado em favor dos beneficiados permitir, além da melhoria da utilidade destes, a compensação dos prejudicados, essa alteração será considerada mais eficiente que a situação pretérita, segundo tal critério (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 121).

Jefferson Dias destaca que, em relação à análise econômica do direito, essa busca pela eficiência pode ser aplicada também à administração pública. Todavia, critica a adoção da regra da Superioridade de Pareto em função de suas evidentes limitações, esclarecendo que:

> Diante da complexidade das relações que envolvem a atuação da Administração Pública, os seus atos acabam por gerar ganhadores e perdedores indeterminados, sendo impossível verificar todas as variáveis e situações particulares que decorrem da atuação administrativa e, em razão disto, é impossível constatar empiricamente o respeito à regra da Superioridade de Pareto (DIAS, 2009, p. 77).

Da mesma forma, tece críticas ao modelo de superioridade de Kaldor-Hicks, tendo em vista que

> um determinado ato da Administração pode resultar em grande lucro econômico de uma pessoa e, por outro lado, comprometer a tranquilidade e a segurança de outras, gerando resultados que não podem ser comparados para se verificar a possibilidade de compensação potencial (DIAS, 2009, p. 78).

Na sequência de seu raciocínio, Dias coaduna com o entendimento lançado por Richard Posner na obra Análise Econômica do Direito, em função do qual, tendo em vista o modelo econômico que atualmente prevalece no mundo, a eficiência equipara os países a grandes empresas, passando a exigir-lhes viabilidade econômica, que seria apurada através da cotação de seus títulos da dívida pública, ou mesmo pelo índice de risco de neles investir.

Dessa forma, esclarece que "a governabilidade de um país passou a ser associada à sua eficiência econômica, libertando-se de mandamentos anteriormente apregoados pelo Estado de Bem-Estar, no qual caberia ao Poder Estatal suprir as necessidades de seus cidadãos" (DIAS, 2009, p. 82).

É nesse contexto que as externalidades são tratadas pela análise econômica do direito, de forma que no presente estudo analisará o aumento do custo recursal como meio de eficiência para o Estado, conforme será demonstrado.

2.4 Externalidades pela análise econômica do direito

A noção de externalidade proposta pela análise econômica do direito tem origem no trabalho de Coase, que propõe analisá-la a partir da noção de custo de oportunidade, uma análise comparativa entre a receita obtida de uma dada combinação de fatores e as possibilidades de receitas que seriam obtidas com arranjos alternativos.

Assim, em vez de tratar os fatores de produção como coisas, Coase propõe considerá-los como direitos (COASE, 1960, p. 1-2).

Nesse sentido, o direito de fazer algo que produza um dano para outros também pode ser visto como um fator de produção, ou seja, o custo de exercer esse direito (de usar um fator de produção) é sempre uma perda para quem sofre os efeitos do seu exercício.

Dessa forma, Coase inverteu os termos em que a questão era tradicionalmente considerada, atribuindo-lhe uma abordagem dual. Segundo ele:

> A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é geralmente considerada como aquela em que A proporciona dano sobre B e o que deve ser decidido é: como devemos restringir A? Mas isso é errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar o dano a B causaria dano em A. A questão real que deve ser decidida é: deve ser permitido a A prejudicar B ou deve ser permitido a B prejudicar A? O problema é evitar o dano mais grave[1] (COASE, 1960, p. 2, tradução nossa).

Segue Coase em seu raciocínio, exemplificando da seguinte forma:

> O problema dos gados que escapam e destroem lavouras em terras vizinhas. Se é inevitável que algum gado escape, um aumento no suprimento de carne só pode ser obtido em detrimento de uma diminuição no fornecimento das lavouras. A natureza da escolha é clara: carne ou agricultura. E a resposta que deve ser dada não é óbvia, a menos que saibamos o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo[2] (COASE, 1960, p. 2, tradução nossa).

Nesse contexto, o problema não é simplesmente evitar dano, mas sim evitar o dano maior. O que deve ser avaliado é se é viável, do ponto de vista da sociedade, permitir ou inibir a ação de "A", e a resposta não é óbvia, a menos que se conheçam os valores dos ganhos e perdas envolvidos na questão.

Essa conjuntura leva à conclusão de que as tomadas de decisões no momento da aplicação das leis devem levar em consideração todos os valores envolvidos na questão sob análise, direta e indiretamente, devendo-se considerar todas as externalidades.

[1] No original: "The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm".

[2] No original: "the problem of straying cattle which destroy crops on neighbouring land. If it is inevitable that some cattle will stray, an increase in the supply of meat can only be obtained at the expense of a decrease in the supply of crops. The nature of the choice is clear: meat or crops. What answer should be given is, of course, not clear unless we know the value of what is obtained as well as the value of what is sacrificed to obtain it".

2.4 Escolha racional

Uma vez abordados os conceitos de externalidades, para concluir a compreensão da análise econômica do direito e sua aplicação aos novos preceitos introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015 ao ordenamento jurídico pátrio, é necessário entender o pressuposto de racionalidade das condutas humanas.

Partindo dos ensinamentos de Coase, a racionalidade consiste na possibilidade do indivíduo, sempre que se deparar com diversidade de escolhas, avaliar qual opção lhe oferece maior benefício, analisando os prejuízos e optando pela situação que lhe for melhor (COASE, 1988, p. 27). Ou seja, o indivíduo, diante de várias possibilidades de escolha no dia a dia, o faz de acordo com o que é melhor para si, visando sempre seus próprios interesses, optando pelo que lhe traga maior satisfação.

A esse respeito Pinheiro e Saddi destacam que

> o ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 89).

Assim, por meio da análise econômica, o indivíduo toma decisões pautadas em seus interesses individuais, sem ponderar se a referida decisão é o melhor a ser feito para a sociedade (FORGIONI, 2005, p. 248).

Paula Forgioni destaca que "as decisões individuais dos agentes econômicos são marcadas pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades", motivo pelo qual, em busca de seus próprios interesses, optam pelas condutas que melhor atendem aos seus objetivos (FORGIONI, 2005, p. 248).

Adam Smith exemplificava afirmando que "não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm por seu próprio interesse"[3] (SMITH, 1806, p. 20, tradução nossa).

Nesse contexto, levando-se em consideração a análise econômica, a escolha do ser humano dependerá das vantagens e desvantagens relacionadas ao cumprimento e ao descumprimento da norma, prevalecendo sempre a que apresentar o melhor benefício sob o ponto de vista do indivíduo que a pratica.

2.5 O Direito como indutor de condutas

Conforme demonstrado por meio da escolha racional, fica claro que o ordenamento jurídico pode influenciar a conduta dos indivíduos na sociedade. Nesse sentido, Paula Forgioni destaca que

> normas jurídicas nada mais são do que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo / benefício de seus possíveis comportamentos (FORGIONI, 2005, p. 248).

[3] No original: "1It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we expect our dinner, but from their regard to their own interest".

Nesse contexto, a ideia é complementada pelos ensinamentos de Douglas North, ao afirmar que as instituições, inclusive as jurídicas, formam as regras do jogo, que servirão de parâmetro para as escolhas tomadas no dia a dia pelos agentes econômicos (NORTH, 1994, p. 361).

Pinheiro e Saddi abordam que o direito exerce influência acerca da conduta dos indivíduos, utilizando para tanto de instrumentos de sanção e de premiação (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 13).

Assim, por meio da racionalidade, levando-se em consideração o ordenamento jurídico vigente, o indivíduo analisará os custos e benefícios individuais para tomar a melhor decisão para si.

Nesse contexto, a relação entre o direito e a economia não é meramente financeira, mas de implicações de escolha racional, resultando em efeitos da legislação sobre o comportamento dos indivíduos, de forma que este levará em consideração todas as externalidades provenientes de suas condutas (FRIEDMAN, 2000, p. 8).

2.6 Custos de transação

A análise dos custos de transação é essencial para verificar a viabilidade do aumento dos custos recursais, por meio de uma análise econômica do direito, atingindo-se assim os objetivos aqui perseguidos.

Custos de transação são aqueles relacionados à concretização de uma relação comercial, que não envolvem a manufatura do objeto transacionado. Esses custos podem ser definidos, por exemplo, como custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato. Oliver Williamson explica que os custos de transação são aqueles relacionados à movimentação do sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção, estes relacionados a outros fatores como matéria-prima e mão de obra (WILLIAMSON, 1985, p. 18).

Cooter e Ulen esclarecem que os custos de transação são aqueles relacionados (i) à busca de interessados no negócio; (ii) às despesas para negociação e formalização das transações; e (iii) aos custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual (COOTER; ULEN, 2010, p. 105). Este último está intimamente ligado ao aumento do custo recursal trazido pelo Código de Processo Civil de 2015.

Assim, diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, os indivíduos sempre perseguirão a sua redução, levando em consideração o ordenamento jurídico vigente e a forma de atuação das instituições jurídicas no cenário nacional.

Nesse sentido, a redução dos custos de transação relaciona-se com a busca de maior eficiência na esfera econômica, conforme abordado alhures no que diz respeito às externalidades. Assim, no presente estudo considerar-se-á eficiente o cenário pelo qual haja redução dos custos de transação e maximização dos ganhos em dado universo real, ponderando-se as externalidades sociais e a nova ótica de aumento dos

custos recursais inseridas no ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Processo Civil de 2015.

3 O PODER JUDICIÁRIO E SEUS REFLEXOS ECONÔMICOS

Sob a ótica da análise econômica do direito, certo é que a atuação do Poder Judiciário influencia diretamente o desempenho econômico de uma sociedade organizada. Nesse contexto, possui papel fundamental para o desenvolvimento do mercado, tendo em vista que responde pela aplicação concreta da lei nas controvérsias apresentadas.

Marcelo Roseno de Oliveira destaca que o Poder Judiciário possui papel de destaque no Estado Neoliberal, tendo em vista que a economia de mercado é essencialmente conflitiva, demandando sua atuação constante, especialmente no que diz respeito à recuperação de crédito (OLIVEIRA, 2008, p. 269). Isso porque, é o Judiciário que garante a imperatividade das normas jurídicas, uma vez que é o detentor dos instrumentos capazes de sancionar e corrigir eventuais condutas que contrariem os comandos do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, considerando-se o diálogo entre direito e economia, não só a atuação do Poder Judiciário, mas principalmente a forma pela qual entrega a tutela jurisdicional aos seus jurisdicionados, por consequente influencia diretamente o comportamento das pessoas, guiadas pela análise das externalidades e da racionalidade, tendo em vista que este Poder é o garantidor dos contratos e do direito de propriedade, que são as bases da economia de mercado.

A referida atuação do Judiciário e respectivos reflexos na esfera econômica podem ser facilmente visualizados por meio do exemplo abaixo.

Imagine-se uma determinada comunidade na qual, ao aplicar o Direito aos casos concretos, os magistrados se posicionem reiteradamente de maneira favorável aos devedores quando do descumprimento de contratos de arrendamento mercantil de veículos, obstando a efetividade das ações de busca e apreensão, mesmo com robusto conteúdo probatório da inadimplência. Por meio dos pressupostos da análise econômica, ter-se-ia como efeito imediato a redução dos contratos de arrendamento mercantil de veículos, bem como o consequente aumento das taxas que recaem sobre esse tipo de negócio, a fim de compensar os custos de transação envolvidos nos casos de inadimplência.

O referido exemplo torna evidentes os efeitos das decisões judiciais na esfera econômica, o que é determinante para a construção do raciocínio desenvolvido no presente estudo.

Nesse sentido, tem-se que a proteção conferida pela lei e pelo Poder Judiciário, quando possibilitam o cumprimento do contrato, proporcionando acesso à justiça e previsibilidade das decisões judiciais, tendem a induzir os agentes econômicos à cooperação (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 130), o que proporcionará eficiência e resultará em maior desenvolvimento, tendo em vista que "ninguém vem investir, a longo ou médio prazo, em áreas de risco e de imprevisão" (JOBIM, 1997, p. 17).

Diante desse contexto, essencial é o apontamento de que são as normas processuais que orientam a atuação do Poder Judiciário, de forma que estas são determinantes para que este alinhe sua atuação quando da prestação jurisdicional, enfoque este que será utilizado para o desenrolar da presente pesquisa. Isso porque, o estudo do aumento do custo recursal introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, será conduzido, levando em consideração sua aplicação, tendo em vista as diretrizes econômicas que envolvem a questão, em busca de seus prováveis efeitos, principalmente no que diz respeito ao número de recursos, celeridade processual, gastos por parte do Estado e qualidade das decisões judiciais.

4 AUMENTO DO CUSTO RECURSAL PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Já há algum tempo a doutrina discute a possibilidade e viabilidade acerca do aumento dos custos recursais no ordenamento jurídico pátrio. Posição favorável é encontrada na doutrina de Leonardo Greco, que defende o aumento do custo recursal como forma de coibir o manejo de recursos protelatórios e proporcionar maior celeridade (GRECO, 2010, p. 47). Em contrapartida, outros doutrinadores, como Leonardo Oliveira Soares, criticam essa sistemática, apontando possíveis inconstitucionalidades em função de violação à garantia do duplo grau de jurisdição e da dificuldade criada para o acesso à justiça pela via recursal (SOARES, 2010, p. 69-75). Todavia, esse último entendimento não possui subsídios para prosperar, seja pela falta de amparo legal ou pelo sistema de referência aqui adotado, conforme será demonstrado em tópico próprio.

Nesse contexto, em 16 de março de 2016, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, com a perspectiva de aumento dos custos recursais, por meio da positivação da denominada sucumbência recursal e da implementação de multas antes inexistentes.

A sucumbência recursal decorre da causalidade, ou seja, aquele que der causa a uma demanda recursal deverá arcar com a majoração dos honorários. Trata-se de situação inovadora, tendo em vista que sob a égide do Código de 1973, a interposição de recursos não fazia surgir o direito à nova verba honorária, de forma que ao prolatar a sentença, o magistrado já estabelecia integralmente o valor devido a esse título.

Assim, situação diversa foi introduzida no ordenamento jurídico pelo novo Código ao dispor, em seu art. 85, §11, que "o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente [...]".

A fim de complementar e dar efetividade ao instituto da sucumbência recursal, o novo Código também reduziu consideravelmente o alcance da apreciação equitativa dos magistrados, tendo em vista que o parâmetro de fixação de honorários apresentado entre 10% a 20%, deixa de incidir apenas em relação aos casos em que haja condenação, como era anteriormente, estendendo-se também aos casos em que for possível identificar o proveito econômico obtido.

Assim, esse parâmetro de fixação de honorários possibilita a incidência desses percentuais também em relação a condenações de dar, fazer ou não fazer, além das

tutelas constitutiva e executiva, quando for possível mensurar o proveito econômico discutido no processo.

Decorre disso que, com a introdução do instituto da sucumbência recursal, as partes têm ciência de que, ao manejarem recurso contra as decisões de primeira instância, poderão ter suas condenações majoradas em até 10%.

No mais, o novo Código também prevê o aumento dos custos recursais por meio da aplicação de multas, o que o faz em três oportunidades: art. 81; art. 1.021, §§ 4º e 5º; e art. 1.026, §§ 2º e 3º.

A multa prevista no artigo 81 refere-se à caracterização de litigância de má-fé em função da interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório, prevendo o dispositivo que "o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa". Tem-se nesse caso a possibilidade de majoração da condenação do recorrente em até mais 10%.

No que tange à multa introduzida pelo art. 1.021, §§ 4º e 5º, será aplicada nos casos de manejo de agravo interno, sempre que este "for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime", oportunidade na qual "o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa". Tem-se nesse caso a possibilidade de majoração da condenação do recorrente em até mais 5%.

Em relação à multa de que dispõe art. 1.026, §§ 2º e 3º, diz respeito ao manejo de embargos de declaração protelatórios, de forma que, por meio do §2º, estabelece que "quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa".

Todavia, neste último caso, os custos podem ser majorados em caso de reiteração, conforme previsão do §3º, ao dispor que "na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa". Tem-se nesse último dispositivo, que dispõe sobre os embargos de declaração, a possibilidade de majoração da condenação do recorrente em até mais 10%.

Diante desse novo panorama introduzido pelo atual Código de Processo Civil, verifica-se que os custos recursais podem ser muito superiores às disposições anteriores, de forma que podem atingir um teto de condenação no importe de até 35% superior ao valor estabelecido em sentença de primeiro grau.

5 CONSTITUCIONALIDADE DO AUMENTO DO CUSTO RECURSAL: ACESSO À JUSTIÇA E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Conforme já demonstrado anteriormente, alguns doutrinadores apontam que o aumento do custo recursal pode resultar em inconstitucionalidades, tais como dificuldades para que o jurisdicionado tenha acesso à justiça, o que resultaria em infração ao duplo grau de jurisdição.

Assim, antes de adentrar na análise econômica da questão, far-se-ão considerações acerca da constitucionalidade do aumento do custo recursal, tendo em vista os princípios do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição, uma vez que "o processo funciona para as partes como mecanismo de proteção e efetivação de direitos fundamentais" (SILVA; NEVES, 2017, p. 97).

José Joaquim Gomes Canotilho entende por duplo grau de jurisdição, em seu sentido mais estrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior (CANOTILHO, 2002, p. 660).

Oreste Laspro destaca a importância do princípio, esclarecendo que "uma lide é melhor decidida quando passa por dois juízes diferentes de cognição, sendo certo que o segundo se sobrepõe ao primeiro" (LASPRO, 1995, p. 192).

O duplo grau de jurisdição possui amparo no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal brasileira, ao dispor que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Segundo Nelson Nery Junior, a Constituição Federal prevê o princípio do duplo grau de jurisdição quando se estabelece que os tribunais do país terão competência para julgar causas originariamente e em grau de recurso (NERY JUNIOR, 1997, p. 39).

No direito italiano, a Constituição da República trata do princípio em seu art. 111, prescrevendo que

> Todas as medidas jurisdicionais devem ser motivadas. Contra as sentenças e contra as medidas concernentes à liberdade pessoal, pronunciadas pelos órgãos jurisdicionais, ordinários ou especiais, é sempre facultado o recurso junto à Corte de Cassação por violação da lei. Pode-se derrogar de tal norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas, o recurso à Corte de Cassação é admitido unicamente por motivos inerentes à jurisdição.[4] (tradução nossa)

Vale destacar ainda os ensinamentos de Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, ao mencionarem que o referido princípio é garantia constitucional, fundamental para a boa administração da justiça, tendo em vista que proporciona boa influência psicológica aos magistrados de primeira instância, vez que julgam cientes de que sua decisão poderá ser reapreciada (ARENHART; MARINONI, 2007, p 487-489).

Diante do cenário aqui delineado, dúvidas não restam acerca da importância desse princípio para proporcionar o pleno acesso à justiça. Todavia, questão a ser enfrentada para o deslinde do estudo, é se o aumento das custas recursais no ordenamento jurídico pátrio é capaz de ferir o seu alcance. Isso porque, mesmo que essa

[4] No original: "Art. 11. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla liberta personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, e sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione e ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione."

conjuntura não impeça a interposição de recursos, há apontamentos no sentido de que possa violar tais preceitos constitucionais.

Leonardo Oliveira Soares entende que a sucumbência recursal é passível de limitação do exercício de recorrer, esclarecendo que as partes "devem dispor de idêntica possibilidade de recorrer da decisão, futura e incerta, que venha a ser dada ao conflito" (SOARES, 2010, p. 74).

Todavia, esse maior ônus financeiro à parte que fracassa não pode ser visto como um óbice para o exercício do direito de recorrer ou acesso à justiça. Esse raciocínio levaria à conclusão de que o próprio ônus da sucumbência, que já era vigente no Código de Processo anterior, configuraria limitações ao acesso à justiça, tendo em vista a imposição da condenação ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência.

Dessa forma, a majoração das custas recursais introduzidas no ordenamento jurídico pelo novo Código de Processo nada mais é do que a imposição à parte vencida do risco de insucesso na demanda, o que já ocorria no sistema anterior, todavia, agora, em maior proporção.

Deve-se destacar que o sistema atual não afastou o exercício da previsibilidade e da racionalidade, tendo em vista que as pessoas que optarem por recorrer ao Poder Judiciário já sabem com antecedência exatamente os valores que deverão suportar em caso de insucesso.

Imprescindível para a conclusão do raciocínio aqui desenvolvido agregar a hipótese de prestação de assistência judiciária integral e gratuita por parte do Estado, prevista no ordenamento jurídico pátrio por meio do disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, que prescreve que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

No plano infraconstitucional, referida hipótese encontra-se normatizada pela Lei nº 1.060/1950, que estabelece em seu art. 1º que "os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei".

No entendimento de Marinoni e Mitidiero, o sistema da Lei nº 1.060/1950 abarca, como isenções, além das taxas judiciárias, selos, emolumentos, custas e despesas com publicações, também os honorários advocatícios devidos à parte contrária em caso de sucumbência e as despesas com a produção de prova pericial ou exame de DNA. Existe assim, em sentido amplo, uma isenção de todas as despesas processuais (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 121).

Essa possibilidade de concessão de justiça gratuita foi reforçada pelo novo Código de Processo Civil, por meio de seu art. 98, dispondo que "pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios tem direito à gratuidade da Justiça, na forma da lei".

Ainda por meio de seu §3º, esse mesmo artigo 98 trouxe a possibilidade de suspensão da exigibilidade das despesas processuais e honorários advocatícios decor-

rentes de sucumbência. Tal situação aplica-se enquanto o vencido permanecer em situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade das custas ao início do processo.

Dessa forma, a concessão da gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita, apenas proporciona-lhe condição suspensiva da exigibilidade, que ainda poderá ser exigíveis em prazo de até 5 anos após o trânsito em julgado da demanda, caso haja alteração na situação econômica do beneficiário.

Nesse contexto, não há negativas ao acesso à justiça, haja vista que mesmo sendo vencido na demanda, o beneficiário da justiça gratuita goza de certo conforto, vez que possui amparo legal capaz de suspender a cobrança de eventuais custas e honorários advocatícios em seu desfavor.

Na esteira desse entendimento, a assistência judiciária prevista no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 1.060/1950, combinado com o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e com o que dispõe o art. 98 do novo Código de Processo Civil, permitem o amplo acesso à justiça, estando também em consonância com os princípios constitucionais tributários da isonomia e da capacidade contributiva, os quais também devem ser observados no que diz respeito às custas processuais.

O princípio da capacidade contributiva é um conceito econômico e de justiça social, verdadeiro pressuposto da lei tributária (NOGUEIRA, 1999, p.12).

Trata-se de um desdobramento do princípio da igualdade, aplicado no âmbito da ordem jurídica tributária, na busca de uma sociedade mais igualitária, menos injusta, impondo uma tributação mais pesada sobre aqueles que têm mais riqueza.

Segundo Aliomar Baleeiro, é princípio que serve de critério ou de instrumento à concretização dos direitos fundamentais individuais, quais sejam, a igualdade e o direito de propriedade ou vedação do confisco (BALEEIRO, 1997, p.689).

Nesse sentido, o aumento do custo recursal introduzido pelo novo Código de Processo Civil, uma vez considerando-se a existência do instituto da justiça gratuita, encontra-se em consonância com todos os preceitos constitucionais vigentes, tendo em vista que se observando a capacidade contributiva de cada indivíduo, assegura aos que não possuem condições de arcar com os custos do processo a completa isenção para ajuizamento de demandas, bem como assegura condição suspensiva de exigibilidade das obrigações decorrentes de sua sucumbência, caso vencido, tornando assim efetivo o acesso à justiça e ao duplo grau de jurisdição.

6 O AUMENTO DO CUSTO RECURSAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UMA ANÁLISE ECONÔMICA

Conforme já contextualizado, a análise econômica do direito remete ao estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, com foco nas externalidades referentes à eficiência, redução de custos, valor e utilidade. Nesse sentido, passa-se à análise do aumento do custo recursal introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio do Código de Processo Civil de 2015.

A legislação anterior, datada de 1973, não fazia menção à majoração da condenação em honorários advocatícios por parte do tribunal ao julgar recursos, o que agora é regra contida no § 11 do artigo 85.

O novo diploma legal insere também no ordenamento jurídico, por meio do inciso VII do artigo 80, combinado com o artigo 81, a possibilidade de condenação por litigância de má-fé para aquele que interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório, o que pode acarretar em pagamento de multa entre 1 e 10% do valor da causa.

Nesse sentido, tem-se que uma condenação em primeira instância, que resulte no pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da causa, caso seja combatida com recursos protelatórios, podem progredir para o pagamento de 20% de honorários advocatícios, que podem ser somados em 10% referentes à litigância de má-fé.

Devem-se considerar ainda as multas passíveis de incidência sobre o manejo de agravo interno e embargos de declaração que, somados, podem resultar em até mais 15% no valor da condenação.

Assim, essa conjuntura de recursos procrastinatórios, que era típica na vigência da legislação anterior, conforme já demonstrado alhures, pode ocasionar condenação na ordem de até 35% a mais para o recorrente comparando-se ao conformismo com a sentença de primeira instância, valor significativo, capaz de provocar robusta reflexão sob os aspectos econômicos, quando o intuito do recurso é meramente o de alongar o trânsito em julgado da demanda.

A análise econômica do direito reforça essa tese, pois, conforme apontado por Coase, as tomadas de decisões dos agentes econômicos levam em consideração todos os valores envolvidos na questão sob análise, direta e indiretamente, devendo-se considerar todas as externalidades. A inobservância das consequências introduzidas pelo novo CPC pode resultar em externalidades que anteriormente eram inexistentes, levando a maior reflexão sobre a interposição de qualquer recurso.

Em complemento, ressalta-se a abordagem da escolha racional, trazida pela análise econômica do Direito, por meio da qual o indivíduo toma decisões pautadas em seus interesses individuais, sem ponderar se a referida decisão é o melhor a ser feito para a sociedade, com base unicamente em seus próprios interesses, conforme ensinamentos de Paula Forgioni e Adam Smith, acima apresentados. Dessa forma, com o aumento dos custos recursais, não recorrer das decisões judiciais pode ser a escolha racional mais atrativa para os agentes econômicos, em detrimento dos recursos procrastinatórios, pois atenderá de forma mais plena os seus próprios interesses, haja vista a possibilidade de majoração de sua condenação.

Na esteira desse entendimento, por meio do pressuposto da racionalidade do qual fazem parte as decisões dos indivíduos, a escolha por recorrer dos julgados de primeira instância levará em consideração os benefícios e prejuízos consequentes, de forma a fazer prevalecer aquela que proporcione maior satisfação individual. Assim, na medida em que a interposição de recursos protelatórios proporcionar custos consideráveis, capazes de afastar tendências de comportamento meramente oportunistas,

a estratégia dominante da parte vencida em primeira instância será a de recorrer somente quando da existência de possibilidade real de reversão da decisão.

Tem-se então, que, conforme apontado por Pinheiro e Saddi, acima delineado, o Direito exerce influência acerca da conduta dos indivíduos, utilizando, para tanto, de instrumentos de sanção e de premiação. Assim, o aumento do custo recursal introduzido pelo novo CPC proporciona punição para os que forem seduzidos pelas práticas reiteradas de utilização de recursos com fins procrastinatórios, atribuindo-lhes sanções pecuniárias.

No mais, no que tange aos custos de transação, aqueles abordados por Williamson, Cooter e Ulen como despesas para negociação e formalização das transações, estes também podem ser menores, uma vez que aqui se encaixam os valores e o tempo destinados para o processamento dos recursos, abrangendo desde o trabalho dos advogados das partes, incluindo o trabalho dos servidores públicos, até chegar ao Judiciário.

Diante dessa conjuntura, ao afastar o comportamento meramente oportunista dos recorrentes, o Código de Processo Civil de 2015 pode proporcionar à sociedade reflexos diretos sobre a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista que tende a diminuir o número de processos julgados pelos tribunais.

Pode-se trazer à baila, primeiramente, o aumento da celeridade processual, vez que a redução de recursos proporcionará o trânsito em julgado das decisões de primeira instância, resultando no encerramento do litígio de forma muito mais rápida.

Havendo redução do interesse recursal, outra consequência será maior eficiência de todo o processo, com destaque para a redução dos gastos do Estado para com o Poder Judiciário, levando-se em consideração a redução das despesas com estrutura e pessoal, tendo em vista a menor quantidade de processos que chegará às instâncias superiores.

Merece destaque também a possibilidade de aumento da qualidade das decisões das instâncias superiores, pois com a redução do volume de processos a serem analisados, terão maior tempo disponível para reflexão sobre os temas discutidos.

Assim, a nova sistemática de custo recursal introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, de forma geral, poderá ser capaz de proporcionar efeitos econômicos positivos para o país, tendo em vista que, levando-se em consideração que o Poder Judiciário é o órgão encarregado de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico, ao apresentar respostas mais rápidas e céleres à sociedade, apresentará mais estabilidade e segurança institucional, diminuindo riscos e custos de transação, o que poderá resultar no aumento de investimentos no país, resultando em maior prosperidade e desenvolvimento para a nação.

Para tanto, é necessário que o Poder Judiciário, ao promover a aplicação dos novos dispositivos legais, aplique com veemência as multas relacionadas à litigância de má-fé aos oportunistas que manejarem recursos com intuito manifestamente protelatório, pois, só assim, firmará consenso de irrecorribilidade das decisões de

primeira instância, por meio da racionalidade das decisões dos indivíduos ao procederem com análise do custo/benefício da interposição de recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento do custo recursal introduzido no ordenamento jurídico pela sistemática do novo Código de Processo Civil não representa apenas uma alteração legislativa procedimental a ser meramente absorvida pela sociedade e pelos operadores do direito, muito pelo contrário, é capaz de proporcionar impactos de diversas ordens.

Referidos impactos resultarão em grande reflexão acerca de sua adequação ao ordenamento jurídico vigente, em relação à conduta dos jurisdicionados frente ao Poder Judiciário, bem como desse próprio poder ao aplicar o novo diploma legal aos casos concretos, o que diante do sistema de referência proposto deve levar em consideração as externalidades advindas dessa nova situação, bem como a racionalidade e os custos de transação envolvidos.

Nesse sentido, verificou-se que a atuação do Poder Judiciário influencia diretamente o desempenho econômico de uma sociedade organizada, de forma que ao aplicar a lei com alto grau de previsibilidade, prezando pela segurança jurídica, torna o Estado mais viável para investimentos, vez que possibilita maior ponderação dos riscos, o que resulta em maior desenvolvimento da nação.

Em busca de maior assertividade para a conclusão do estudo, verificou-se que a nova sistemática de custo recursal pode elevar as condenações em processos judiciais em valores até 35% mais elevados, comparando-se ao Código de Processo Civil de 1973.

Respeitando a importância dos institutos jurídicos do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição, concluiu-se que essa majoração do custo recursal comporta guarida em nosso ordenamento jurídico, não inviabilizando seus exercícios, seja pelos aspectos da constitucionalidade, ou em função do sistema de referência ora adotado.

Por fim, conclui-se que por meio do pressuposto da racionalidade do qual fazem parte as decisões dos indivíduos, a escolha por recorrer dos julgados de primeira instância levará em consideração os benefícios e prejuízos consequentes, o que resultará no afastamento de comportamentos meramente oportunistas dos recorrentes, proporcionando à sociedade reflexos diretos sobre a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista que tende a diminuir o número de processos julgados pelos tribunais.

Resultante disso são fatores positivos perante a análise econômica do direito, dentre os quais se destacaram a maior celeridade processual, maior eficiência do Estado em função da consequente redução de despesas com estrutura e pessoal, bem como o aumento da qualidade das decisões das instâncias superiores, tendo em vista o maior tempo disponível para reflexão sobre os temas discutidos.

Todavia, para que esses fatores positivos se consolidem em realidade, verificou-se que é necessário que o Poder Judiciário, ao promover a aplicação dos novos dispositivos legais, aplique com rigor os custos recursais aqui analisados, o que, por meio do

exercício da racionalidade dos indivíduos, desestimulará o oportunismo, que é pressuposto fundamental da análise econômica do direito.

Em conclusão, verificou-se que o aumento do custo recursal é válido perante o sistema de referência proposto, tendo em vista que é capaz de proporcionar o desenvolvimento e efeitos econômicos positivos para o país.

REFERÊNCIAS

ALMENDANHA, Cristina Malaski; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Análise Econômica do óbito no Direito Societário. *Nomos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 51-63, jan./jun. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder Tributar*. Atual. Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 16 jul. 2017.

COASE, Ronald. *The firm, the market, and the law*. Chicago: Chicago University, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bokman, 2010.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência & moralidade administrativa*: a submissão do princípio da eficiência à moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988. Curitiba: Juruá, 2009.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o Pragmatismo e a Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner. *Revista Eletrônica do Curso de Direito* – PUC Minas Serro, Minas Gerais, n. 3, p. 21-30, 2010.

FRIEDMAN, David D. *Law's order*: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University, 2000.

GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, p. 5-62, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/22961/16437>. Acesso em: 10 out. 2017.

ITÁLIA. *Constituzione dela Repubblica Italiana*. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

JOBIM, Nélson Azevedo. *As tendências do direito e do poder judiciário no Brasil e no mundo*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2011.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Manual para valoração econômica de recursos ambientais*. IPEA/MMA/PNUD/CNPq. Rio de Janeiro, set. 1997. p. 224. Disponível em: <http://www.terrabrasilis.org.br/ecotecadigital/pdf/manual-para-valoracao-economica-de-recursos-ambientais.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2017.

NERY JUNIOR. *Princípios fundamentais*: teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 1997.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NORTH, Douglas. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nahville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Pagamento por serviços ambientais*: sustentabilidade e disciplina jurídica. São Paulo: Atlas, 2012.

NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento e ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*: Introdução ao direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o desenvolvimento econômico no estado neoliberal brasileiro. In: POMPEU, Gina Marcílio (Org.). *Estado, constituição e economia*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008. p. 263-283.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos*: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 anos do fundo de defesa de direitos difusos sob a luz da análise econômica do direito: "contribuintes", projetos apoiados e novas perspectivas sociais. *Argumentum*: Revista de Direito, Marília, n. 15, p. 201-226, 2014.

SILVA, Anna Isis Teran; NEVES, Isabela Dias. Processo Civil Democrático: Ativismo judicial frente às provas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 54, n. 215, p. 97-115, jul./set. 2017.

SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*: With a Life of the Author. Also, a View of the Doctrine of Smith Compared with that of the French Economists; with a Method of Facilitating the Study of His Works, Volume 1. Edinburgh: William Creech, 1806. Disponível em:

<https://books.google.com.br/books?id=xTpFAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 16 out. 2017.

SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no estado de direito transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 66, p. 69-75, jul./ago. 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of captalism*: firms, markets, relational contracting. Nova York: The Free, 1985.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito e economia*: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus jurídico, 2005.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DA MEDIAÇÃO VITUAL DE CONFLITOS

Gustavo Silveira Borges[*]
Mônica Abdel Al[*]

Resumo

A presente pesquisa pretende analisar a eficácia da utilização da mediação virtual como forma de resolução consensual de conflitos. No intuito de se verificar tal objetivo, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: a mediação virtual pode ser utilizada como instrumento de redução no aumento de demandas judiciais na medida em que concretiza o direito fundamental ao acesso à justiça? Assim, primeiramente, tratou-se da transformação dos direitos fundamentais, discorrendo sobre a tipologia das cinco dimensões e a conquista constitucional do acesso à justiça. Posteriormente, fez-se uma análise dos meios consensuais de solução de conflitos, notadamente a mediação. Por fim, verificou-se a utilização de métodos de solução de conflitos em rede, ressaltando a mediação virtual. O aprofundamento teórico do estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica, a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva. Concluiu-se, portanto, que a mediação virtual pode servir de modelo adequado de resolução de conflitos, pois apresenta como principal vantagem a economia de tempo e dinheiro dos envolvidos na lide sociológica.

Palavras-chave

Direitos Humanos – Acesso à Justiça – conflitos – mediação – ambiente virtual

[*]Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014), com bolsa de pesquisa PNPD/CAPES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2013). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade na Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, da Pós-graduação lato sensu da UNESC e do Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC), vinculado a Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e a Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Parecerista em diversas revistas. Participante em diversos projetos de pesquisa vinculados à UNISINOS e à UNESC. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania - NUPEC, na UNESC. Autor de livros e diversos trabalhos científicos desenvolvidos nas áreas do Direito em diálogo com a Bioética e a Medicina. Avaliador do Curso de Direito pelo INEP/MEC. Membro de bancas examinadoras de concurso público. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, Direito Civil e Direito do Consumidor. E-mail: gustavoborges@hotmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9673-4321

[*]Graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1995). Especialização em Tendências Contemporâneas do Direito Processual (2005), pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Advogada desde 1996 - Escritório de Advocacia Mônica Abdel Al. Professora horista da Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc, atuando nas disciplinas de Estágio de Prática Jurídica I, II, III, IV e V, Processo Civil I e V e Constitucional I. Tem experiência na área de Direito.

THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL LAW OF ACCESS TO JUSTICE THROUGH THE VITUAL MEDIATION OF CONFLICTS

Abstract

The present research intends to analyze the effectiveness of the use of virtual mediation as a form of consensual resolution of conflicts. In order to verify this objective, the following research problem was formulated: can virtual mediation be used as a tool to reduce the increase in lawsuits as it concretises the fundamental right to access to justice? Thus, first, it was the transformation of fundamental rights, discussing the typology of the five dimensions and the constitutional conquest of access to justice. Subsequently, an analysis was made of the consensual means of conflict resolution, notably mediation. Finally, it was verified the use of network conflict resolution methods, highlighting the virtual mediation. The theoretical depth of the study was based on a bibliographical research, based on a hypothetical-deductive approach. It was concluded, therefore, that virtual mediation can serve as an adequate model of conflict resolution, since it presents as main advantage the time and money savings of those involved in the sociological.

Keywords

Human rights - Access to Justice - conflicts - mediation - virtual environment

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro atravessa uma grave crise devido ao aumento no volume de ações ajuizadas de um lado, e de outro, a carência de aparato material para suprir tal demanda. O número anual de processos sem resolução ultrapassa a marca dos 70%, conforme dados atuais do Conselho Nacional de Justiça. (CNJ – Relatório Justiça em Números). Diante do panorama complexo que se apresenta, torna-se premente encontrar formas para superar tais dificuldades.

Um dos caminhos a serem explorados foi o início da migração do Poder Judiciário para a virtualização com a utilização de processos eletrônicos tendo como objetivo o de dar agilidade ao trâmite processual. Todavia, tal medida não tem se mostrado suficiente para resolver o problema. Assim, como alternativa à morosidade da resposta judicial, faz-se necessário o repensar e fortalecer os denominados Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos, como a conciliação e a mediação, dando ênfase à solução dos litígios por meio da cultura do diálogo.

O presente artigo tem por objetivo analisar a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça por meio da realização das mediações com a utilização dos meios virtuais como forma de ampliação dos Métodos Adequados de Resolução de Conflitos, aliada ao crescente uso de novas tecnologias pelo Poder Judiciário.

No intuito de buscar respostas a temática proposta, formulam-se as seguintes indagações: como se estabeleceu a ordenação histórico-cumulativa dos direitos humanos a partir de uma tipologia das dimensões? Como assegurar a garantia dos direitos fundamentais a partir da salvaguarda do acesso à justiça? A mediação por meio virtual pode ser considerado um método eficaz de concretização do acesso à justiça?

Para fins de enfretamento dos objetivos específicos, este artigo está estruturado em três partes: primeiramente, fez-se uma abordagem sobre as modificações dos direitos fundamentais em suas conviventes dimensões e à conquista do acesso à jus-

tiça. Posteriormente, apresentam-se ponderações acerca dos meios consensuais de solução de conflitos, notadamente a mediação e suas escolas. Por fim, após algumas exposições acerca de questões sobre as resoluções consensuais de conflitos, sustenta-se a viabilidade da utilização dos métodos de solução de conflitos em rede e a realização da mediação realizada de forma virtual.

O aprofundamento teórico do estudo fundamenta-se na pesquisa bibliográfica, consubstanciada nas leituras de diversas obras acerca da mediação, apoiando-se no método dedutivo.

Por fim, o presente ensaio é relevante porque trata de um problema atual a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, qual seja, o acentuado crescimento de demandas judiciais inversamente proporcionais às soluções definitivas proferidas pelos tribunais.

1. OS DIREITOS HUMANOS E AS ONDAS DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1. O desenvolvimento dos direitos humanos: ordenação histórica a partir de uma tipologia das dimensões

A luta para construção de um ordenamento jurídico que tivesse o intuito de assegurar direitos humanos de forma universal foi tarefa que se desenvolveu em séculos, todavia houve várias transformações na forma de proteção de referidos direitos. Foi preciso um árduo processo para que, além da preocupação em assegurar os direitos individuais, referidas garantias fossem estendidas também para direitos sociais e para grupos vulneráveis, além do meio ambiente. Na luta para ter acesso ao poder, a classe burguesa rebelou-se contra os monarcas e, assim, mobilizaram a população pela promessa de liberdade, igualdade e fraternidade. Desta forma, no século XVIII, nasceu, com a irresignação burguesa frente ao absolutismo, o movimento de positivação dos direitos humanos, os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão[1]. Direitos de grande relevância para a garantia da democracia, pois o cidadão passou a ter assegurado o direito ao voto, à liberdade de expressão, que protege não somente a manifestação de idéias e pensamentos, mas também manifestações de cunho artístico, intelectual e cultural, além da liberdade de imprensa. Nesse sentido, alude Sarlet que

> Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são produto peculiar [...] do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especifi-

[1] Cumpre destacar que há uma divergência doutrinária referente à forma de retratar as transformações históricas por quais têm passado os direitos fundamentais. Certo grupo de doutrinadores faz alusão a uma evolução linear de 'gerações' sucessivas de direitos, que traduz a ideia equivocada de processo substitutivo e compartimentado. Todavia, autores nacionais, como Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Paulo de T. Brandão e Antônio Augusto C. Trintade, além de estrangeiros, como Joaquim Herrera Flores, David Sanchez Rubio e Helio Gallardo, preferem utilizar a expressão 'dimensão' em substituição ao termo 'geração', pois os direitos fundamentais não são alterados com o passar dos tempos, de forma sequencial, mas sim resultam de interações e lutas sociais referentes a todos os direitos, complementando-se e interligando-se. (WOLKMER e MORATO LEITE, 2016)

> camente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado [...] São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, "direitos de resistência ou de oposição perante o Estado". Assumem particular relevo [...] os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. [...] e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto [...] (SARLET, 2012, p. 46-47)

Com a revolução industrial e o flagelo a que eram submetidos os trabalhadores, emergiu, a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, a segunda dimensão de direitos, os chamados direitos sociais, influenciados pelas doutrinas socialistas. Pode-se incluir nesta dimensão o direito à saúde, à educação, à previdência social e ao trabalho. Aludidos direitos, por exigirem uma prestação Estatal, têm cunho positivo, pois impulsionam o Estado a concretizar formas de acesso das pessoas às referidas garantias.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, mais tarde positivado pelos órgãos oficiais estatais, visam à proteção não mais da individualidade do ser humano, mas com características mais ampliadas buscando abarcar a humanidade como um grupo, uma coletividade. Os traumas deixados pela Segunda Guerra Mundial, bem como os danos ambientais causados pela depredação da natureza em nome do desenvolvimento econômico, impulsionaram a emersão da proteção dos aludidos direitos. Dentre estes direitos, destacam-se *"os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação"*. (SARLET, 2012, p. 48)

No final de século XX, com o avanço e as novidades trazidas pela tecnologia e pela biomedicina, surgiram os denominados direitos de quarta dimensão, que se referem *"à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. [...] têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida [...] engenharia genética, clonagem, contracepção e outros"*. (WOLKMER e MORATO LEITE, 2016, p. 29)

Mais recentemente, com a universalização do acesso a *internet* e sua utilização pela população em vários campos, como no trabalho, no lazer e no âmbito familiar, surgiu a chamada quinta dimensão de direitos. Como aludem WOLKMER e MORATO LEITE,

> a passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital. (2016, p. 32)

Todavia, embora na sociedade contemporânea formalmente tenha assegurado acesso às dimensões de direitos por meio de sua previsão como fonte de normatividade, convive, ao mesmo tempo, com realidades antagônicas materiais no que se refere

à garantia destes direitos fundamentais, pois sua aplicabilidade e efetividade é flutuante em relação às classes sociais mais pobres da população.

A realidade brasileira, embora abstratamente a Constituição Federal assegure uma gama de direito fundamentais, mostra-se ineficaz em relação à concretização destes direitos, sobretudo, para a população mais carente. Neste contexto, o direito fundamental do acesso à justiça mostra-se como sendo a essencial e principal via disponível para o cidadão hipossuficiente, carente dos direitos mais básicos como saúde, educação e moradia, por exemplo, lutar para conseguir a concretização de referidas garantias afirmadas pelo Estado. Destarte, importante avaliar de que forma o aparelho estatal assegura que este direito fundamental seja efetivamente disponível ao cidadão.

Averiguado o desenvolvimento e positivação dos direitos humanos, bem como suas dimensões, passa-se a examinar o acesso à justiça como elemento essencial para efetivação dos direitos fundamentais.

1.2. O acesso à justiça e suas ondas como forma de sustentação material dos direitos fundamentais

Com a ampliação dos direitos fundamentais que abarcaram também os direitos sociais, denominados direitos de segunda dimensão, restou assegurado, positivamente, o direito ao acesso à justiça. "O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística." (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 13)

Referida garantia é de essencial importância para afirmação dos mais relevantes direitos humanos, pois, havendo omissão estatal, o cidadão busca amparo no Poder Judiciário para tentar suprir referidas lacunas e diminuir o abismo existente entre a formalidade legal e a realidade. Referida segurança constitucional é um verdadeiro escudo à população, que tem nesse remédio constitucional a forma mais eficaz de combater as malesas que lhe afligem, enquanto o Poder Legislativo ou o Executivo continuam passivos, ignorando os direitos fundamentais já contemplados pela Carta Magna.

A Constituição Federal proclama, em seu artigo primeiro, que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, a dignidade da pessoa humana. Todavia, num país assolado pela desigualdade de classes, onde milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza, como garantir a dignidade humana? Como atenuar a aflição de milhares de pessoas que não possuem saneamento básico, educação, saúde, moradia, emprego, transporte público, alimentação? A norma contemplativa, que assegura uma dignidade formal, está muito distante da realidade da população. O Poder Judiciário, dentro de Estado Democrático de Direito, tem a função de garantir a integridade da Constituição, aproximando o cidadão dos direito assegurados, pois o processo judicial é o caminho, atualmente, mais eficaz, para a efetivação dos direitos negados pelo Estado.

Dentre os diversos direitos fundamentais assegurados na Carta Magna, o acesso à justiça figura como um dos mais importantes, pois busca assegurar, por meio do acesso irrestrito ao Poder Judiciário, que cada cidadão busque a proteção referente a cada violação dos direitos já consagrados constitucionalmente. Conforme sustentado por CAPPELLETTI e GARTH:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (1988, p. 11-12).

Todavia, este anunciado direito não é devidamente prestado pelo Estado. O Poder Judiciário recebe um grande número de demandas[2], mas, ainda assim nesse contexto, a população carente tem grande dificuldade de acesso ao Judiciário. Destarte, como há muita dificuldade em diminuir o abismo existente frente às desigualdades sociais e a garantia dos direitos humanos mais básicos, que assegurem ao cidadão uma vida com dignidade, também se detecta uma deficiência enorme na franquia do acesso da população à justiça. Como destaca Antonio Carlos Wolkmer no sentido de que:

> o certo é que, nos horizontes da cultura jurídica liberal e positivista, predominante nas instituições políticas brasileiras, o Poder Judiciário, historicamente, não tem sido a instância marcada por uma postura independente, criativa e avançada, em relação aos graves problemas de ordem política e social. Pelo contrário, trata-se de um órgão elitista distanciado da sociedade que, quase sempre ocultado pelo "pseudoneutralismo" e pelo formalismo pomposo, age com demasiada submissão aos ditames dos poderes dominantes e move-se através de mecanismos técnico-procedimentais onerosos, inviabilizando, pelos próprios custos, o acesso à imensa maioria da população de baixa renda. (2015, p. 107).

Diante dos obstáculos existentes à concretização do acesso à justiça, na década de 1970, foi iniciado o Projeto Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que deu origem ao livro Acesso à Justiça, no qual os autores apontaram soluções encontradas por países do Ocidente para as dificuldades do acesso à justiça, classificando-as em "ondas".

A primeira "onda" do acesso à justiça refere-se à concessão de assistência jurídica gratuita para população mais carente, pois se verificou que o elevado valor das custas processuais e honorários advocatícios eram entraves para que os mais desafortunados tivessem devido acesso ao Judiciário.

[2] A Justiça Estadual, composta por 27 tribunais, 2.710 comarcas e 10.156 unidades judiciárias de primeiro grau, subdivididas em 6.158 são varas (sem juizado), 2.613 varas únicas ou com juizados especiais adjuntos e 1.385 juizados especiais, recebeu, apenas no ano de 2015, um total de 18,9 milhões de processos, 6%, ou 1,2 milhão a menos que o ano de 2014. CNJ – Relatório Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>, Acesso em: 20 out. 2017.

A segunda "onda" alude à proteção dos interesses difusos ou coletivos, como, por exemplo, demandas em defesa dos consumidores, meio-ambiente, idosos, entre outras. Verificou-se que a efetividade do acesso à justiça não se resumia a proporcionar o ingresso por demandas individuais, mas sim, solucionar os problemas de uma mesma classe, que sofre o mesmo tipo de carência ou desrespeito.

E, por fim, a terceira "onda" preocupou-se com o "enfoque do acesso à justiça", que deixa de ser somente o ajuizamento de ações como forma de inafastabilidade do Judiciário, e passa a enfocar a celeridade processual e os meios alternativos de resolução de conflitos, dentre as quais está incluída a mediação. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). As partes envolvidas em uma lide, quando conseguem, por si mesmas, encontrar a solução para seus conflitos, têm maior satisfação, ao contrário do que esperar anos para uma decisão judicial, que nem sempre vai lhe ser favorável.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 considerar o acesso à justiça como um direito fundamental e proclamar em seu artigo quinto que a *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, a realidade mostra-se distante do direito positivado.

A população carente, além de ter sonegado pelo Estado seus direitos fundamentais às condições de vida com dignidade, também enfrenta obstáculos ao tentar acionar o Judiciário para garantia da efetividade dos direitos violados. Também no artigo quinto da Constituição Federal de 1988, está assegurado que o "*Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*". E para garantir referido acesso, assegurou a Defensoria Pública, conforme o artigo 134:

> Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Contudo, apesar de todos os Estados da federação já possuírem Defensoria Pública, esta é deficiente e não consegue atender todos os cidadãos que buscam seus serviços, pois, na maioria dos casos, não existe quantidade proporcional de defensores públicos se comparada à camada da população hipossuficiente que necessita do seu atendimento jurídico para socorrer-lhes em seus pleitos.

Importante destacar que frente à realidade de inúmeras injustiças sociais que enfrenta o nosso país, pensar o acesso à justiça de forma individualizada é tornar a concretização deste direito uma conquista utópica, pois o Judiciário não conseguiria comportar o grande número de novas demandas que seriam ajuizadas. É preciso viabilizar o acesso de forma coletiva, para que uma parcela considerável da população que pleiteia os direitos sonegados tenha a respectiva resposta do Poder Judiciário. Esta é posição de SIDEKUM, WOLKMER e RADAELLI ao referirem que:

> para um continente caracterizado tão fortemente pela sucessão crônica de injustiças em relação aos seus povos, falar de realização da justiça de forma coletiva parece ser algo quase inevitável, pois que, por mais que conseguisse

> ser efetivo, o acesso individualizado à justiça não supriria as demandas historicamente acumuladas na América Latina, desde os primeiros passos do processo de colonização europeia, levado a cabo nos inícios do século XVI. (2016, p. 14).

E mesmo com a deficiência na prestação do efetivo acesso à justiça, o Judiciário sofre com a crescente judicialização. É notória a crise pela qual passam os tribunais, que não conseguem suprir a quantidade crescente de demandas, sendo que as soluções se dão, na grande maioria, de forma morosa, contrariando o princípio da duração razoável do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. É perceptível um certo fetichismo pela busca da jurisdição, que existe porquanto vivemos nessa cultura da sentença, em que se busca a verdade nas normas sem substituição a uma "cultura do diálogo". Pensar no futuro da Justiça é encontrar novas formas de encarar os litígios, sejam individuais ou coletivos, com abertura para saber o que realmente desejam as partes, porque buscam o Judiciário e qual realmente é seu objetivo.

Conforme Relatório Justiça em Números 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015 foram ingressados 1.487 casos novos por magistrados no Poder Judiciário. Sobre a taxa de congestionamento, que demonstra o percentual de processos que permaneceu sem solução durante o ano, o mesmo relatório aponta que a Justiça Estadual apresenta um índice de 76,4%, enquanto a Justiça Federal um índice de 72,5%. Diante dos números apresentados pelo CNJ, torna-se premente a busca por soluções para resoluções de conflitos que não apenas a via tradicional do litígio no âmbito do Judiciário. (CNJ -Relatório Justiça em Números 2016)

Para o enfrentamento desta crise de acesso à justiça, no Brasil, iniciou-se um dos grandes marcos da reforma silenciosa da Justiça, inicialmente, por meio da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, que pretendeu realizar o que se denominou de "Reforma do Judiciário". Mais adiante, por meio da implementação da Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses e trata da mediação e da conciliação como política pública. Além disso, houve também o implemento de políticas públicas e reconfigurações de textos constitucionais na América Latina que introduziram outras formas de tratamento dos conflitos além da promovida pelo Poder Judiciário como os Métodos não adversariais de conflito.

O congestionamento no número de processos sem solução, que é inversamente proporcional aos casos de números novos de demandas judiciais, fez com que o Brasil adotasse novas formas de resolução de conflitos, os chamados Métodos Adequados de Solução de Conflitos, baseados na conciliação e na mediação. Assim, em 2015, foi publicado o novo Código de Processo Civil (Lei n. º 13.105/15), que entrou em vigor no ano de 2016, estabelecendo, em seu artigo 334, que o juiz, ao receber a petição inicial, deverá designar audiência de conciliação ou mediação nos processos em trâmite, e após deverá citar o réu. O referido diploma legal também reconhece os conciliadores e os mediadores como auxiliares da justiça, aptos a realizarem o rito da conciliação e da mediação. Também no ano de 2015, foi publicada a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/15), com o objetivo de buscar soluções consensuais aos conflitos, incentivando o diálogo entre as pessoas envolvidas, visando à redução de litígios. Im-

portante inovação trazida pela Lei de Mediação refere-se à possibilidade de órgãos da administração pública utilizar a mediação como solução conflitos. Como grande parte dos processos judiciais existentes envolvem administração pública, importante passo foi encaminhado para a redução do número de demandas.

Após a análise da relevância do direito de acesso à justiça dentre os direitos fundamentais de humanidade, passe-se a estudar o método da mediação como forma de resolução consensual de conflitos, a mediação virtual.

2. OS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS E A MEDIAÇÃO VIRTUAL

2.1. OS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Devido à crise enfrentada pelo Poder Judiciário, foi necessário buscar meios mais eficazes e menos morosos de solução de conflitos, com o intuito de diminuir o distanciamento do diálogo existente entre os tribunais e a sociedade.

O meio mais utilizado pelos cidadãos que enfrentam fatos conflituosos, seja com outro cidadão, ou com pessoas jurídicas, de direito público ou privado, é o caminho tradicional de busca do Poder Judiciário com o fim de solucionar o referido impasse, por meio do ajuizamento de ações judiciais. Porém, nessa procura, enfrentam-se inúmeros problemas, dentre eles, a dificuldade da pessoa carente de ter a sua causa patrocinada gratuitamente, assim como a morosidade no trâmite processual.

Diante dessa conjuntura que assola o Poder Judiciário, é preciso tratar a solução de conflitos sob um novo enfoque, que não escape aos ditames da cultura do litígio e que, por vias contrárias, fortaleça o diálogo entre as partes envolvidas no conflito pautado diante de uma "nova cultura cidadã". É premente a mudança do paradigma privilegiado pela sociedade atual do "ganhar-perder" para um novo paradigma de metodologia na resolução de controvérsias no modelo "ganhar-ganhar". Porém, para alcançar referido objetivo, é preciso mudar a cultura jurídica tanto dos operadores do direito, quanto da sociedade em geral. Não só isso, as faculdades de direito precisam, no mesmo sentido, dar ênfase a implantação de disciplinas que visem à solução consensual dos conflitos, conforme a orientação da resolução 125 do CNJ. Os juristas italianos Cappelletti e Garth já entendiam desta forma, quando iniciaram a análise do problema do acesso à justiça dizendo que:

> os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-13).

Destarte, com a utilização de métodos apropriados de solução de conflitos, busca-se a ampliação do horizonte de acesso à justiça. Convém, mesmo que de forma breve, analisar quais as principais formas de pacificação de conflitos. Dentre as formas

apropriadas de resolução de disputas, a conciliação é a mais conhecida e utilizada, sendo na sua forma extrajudicial ou quando já em trâmite o processo judicial.

A conciliação pode ser definida como um *"processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, [...] para assistilas, por meio de técnicas adequadas a chegar a uma solução a um acordo"*. (CNJ – Manual de Mediação). Conforme Relatório Justiça em Números, do CNJ, a justiça que mais consegue estabelecer conciliações é a Justiça Trabalhista, solucionando cerca de 25% das demandas por meio da conciliação. Nos Juizados Especiais, o índice de conciliação é de aproximadamente16% dos casos. Todavia, os índices tendem a aumentar devido a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que prevê a obrigatoriedade da realização de uma audiência prévia de conciliação ou de mediação entre as partes.

O Conselho Nacional de Justiça, desde 2010, com o fito de incentivar a conciliação, promove o prêmio "*Conciliar é Legal*", que "*busca identificar, premiar, disseminar e estimular a realização de ações de modernização no âmbito do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a aproximação das partes, a efetiva pacificação e, consequentemente, o aprimoramento da Justiça*". (CNJ)

Portanto, outra forma bastante utilizada de resolução consensual de conflitos é a negociação, que ocorre quando os envolvidos, de forma voluntária, buscam a maneira mais adequada de solucionar o problema, levando em consideração o que consideram mais justo para ambas. Assim "*em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação [...]; iii) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações [...]"* (CNJ – Manual de Mediação). Aplainado os conceitos sobre os meios consensuais de solução de conflitos, passe-se ao estudo da mediação e as suas escolas.

2.2. A mediação

A Lei nº 13.140/2015 refere que: "considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia". A função do mediador, portanto, é a de facilitar o diálogo entre os envolvidos no conflito, todavia sendo de responsabilidade destes o encontro da melhor solução para resolvê-los de forma amigável.

A mediação é um método que busca a harmonia dos envolvidos na situação conflituosa visando a resgatar a comunicação entre as partes, de modo que a solução encontrada envolva todo o contexto dos fatos. Os interessados devem chegar a uma avença sem que haja interferência do mediador, interagindo voluntariamente e sob a orientação daquele. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2015, p. 51). Como explana WARAT:

> para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. [...] O mediador deve entender a diferença

> entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. (WARAT, 2001, p. 31)

Por meio de técnicas específicas, a mediação tem como escopo investigar os motivos intrínsecos e extrínsecos que deram causa ao real problema, denominado lide sociológica, para que se possa construir uma solução efetiva e eficaz para a controvérsia. O conflito jurídico é melhor resolvido quando o que está por trás dele, escondido no âmago dos envolvidos, com a identificação e esclarecimento de questões, interesses e sentimentos é revelado. E para alcançar a referida revelação, é necessária a presença e atuação de uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos, assistentes sociais, além de advogados, dentre outros profissionais.

O legislador pátrio, reconhecendo a importância dos meios não adversariais de solução de conflitos, deu ênfase à mediação e conciliação no Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016, sendo que em seu artigo 3º, § 3º, estabelece que a mediação e a conciliação, bem como outros métodos de solução consensual de conflitos devem "ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". E para ressaltar a importância da utilização de meios consensuais para resolução de litígios, o referido código, estabelece em seu artigo 319, inciso VII, que a petição inicial deve conter "a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação", sendo que o réu deverá manifestar seu desinteresse pela autocomposição, por petição, com no mínimo dez dias de antecedência da audiência designada, conforme artigo 334, § 5º do CPC. E para fortalecer ainda mais a cultura do diálogo, o parágrafo 8º deste artigo estabelece que a falta injustificada das partes à audiência de conciliação e mediação é considerada ato atentatória a dignidade da justiça, sendo passível de multa de "até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado".

Analisada a mediação, passa-se ao estudo das resoluções de conflito em rede, com ênfase na mediação virtual.

2.3 Metodos de solução de conflitos em rede e a mediação virtual

Atualmente, estamos imersos na era da comunicação virtual, dos relacionamentos virtuais. Cada vez mais as pessoas estão deixando de compartilhar o contato físico para substituí-los e mantê-los por meio da via *internet*, tamanho a gama de redes sociais colocadas à disposição dos internautas, como *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp*, *Skype*, entre muitos outros.

No Poder Judiciário não é diferente. O número de processos virtuais vem aumentando gradativa e exponencialmente. Conforme o relatório do CNJ, Justiça em Números 2016, *"o percentual de processos que ingressaram eletronicamente no Poder Judiciário tem crescido linearmente, em curva acentuada desde 2012"*. O índice de casos novos eletrônicos, correspondem a 82,9% na Justiça do Trabalho, 66,9% na Justiça Federal e 51,7% na Justiça Estadual. (CNJ). No que se refere aos meios adequados de solução de

conflitos, a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/15), em seu art. 46 estabelece a possibilidade da mediação "ser feita pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo." O Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), em seu artigo 334, § 7º assegura que a "audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei".

Deste modo, no caminho da crescente virtualização da justiça convém criar formas de viabilizar a resolução de conflitos com os métodos apropriados, para que os mesmos possam ocorrer de forma virtual, caminhando e interagindo ao lado da era digital.

As formas de solução de conflitos *online* (Online Dispute Resolution - ODR) surgiram no início da década de 1990. A partir de 1992, quando a internet foi aberta para transações comerciais, houve a geração de uma série de novos modelos de conflitos, tornando essencial a criação de um formato de solução de conflitos que atuasse no mesmo ambiente onde os conflitos foram originados. Assim, foi criado o primeiro software de arbitragem em rede, o *Virtual Magistrate*. (LIMA; FEITOSA, 2016)

Com o lançamento, em 1998, da *Amazon* e *eBay* (plataformas de compra-venda pela internet), ampliou-se a diversidade de conflitos. Por isso, o *eBay* criou um experimento para mediar conflitos envolvendo seus usuários, que em duas semanas mediou 200 conflitos, vindo a adotar o instrumento como política institucional, o que foi seguido por outros tipos de plataformas de venda online. O *eBay* divulgou que, até o ano de 2010, ocorreu a solução de mais de 60 milhões de conflitos mediados pelo *site*. Em meados dos anos de 2010 percebeu-se novamente o interesse para as soluções *online* de conflitos, principalmente com propostas governamentais, a exemplo da União Européia e estados Unidos. No Brasil, foi criada a plataforma *consumidor.gov.br* e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro implantou o aplicativo de conciliação pré-processual.(LIMA; FEITOSA, 2016). Pode-se constatar o êxito de referidos *sites*, na utilização de resolução de conflitos de forma virtual. Nesse sentido, convém ao Poder Judiciário adotar medidas para utilização de ODR na solução de conflitos. Mas é preciso refletir sobre as vantagens, e também as desvantagens na utilização desse tipo de procedimento nas resoluções consensuais de conflitos.

As vantagens se referem principalmente à economia de tempo e de dinheiro. Os diálogos *online* resultam em economia financeira dos envolvidos, que não precisam se deslocar até um local físico para as tratativas. A economia aumenta quando as partes pertencem a locais geograficamente distantes, e consequentemente, há a economia de tempo. Destaca-se que, na grande maioria das vezes, quando a parte precisa se deslocar a uma grande distância, ela não o faz quando se trata de um método consensual, não obrigatório. Desta forma, a tendência é de um aumento na participação nos métodos adequados de solução de conflitos, se executados virtualmente.

Pode-se utilizar como exemplo, uma disputa de guarda, onde um dos genitores resida no exterior. A mediação virtual possibilitará o diálogo entre os envolvidos na disputa, sem que tenham que se deslocar de suas cidades, poupando tempo e dinheiro. Sobre a realização de mediação virtual, convém ressaltar que:

> A realização de sessões virtuais de mediação ainda provoca desconfortos, pois suprime o caráter pessoal das negociações, conhecido como "face-to-

> face mediation". Por outro lado, muitos já se convenceram da conveniência do método, na medida em que reduz os custos operacionais e conecta pessoas localizadas em diferentes partes do mundo. Em que pese aos argumentos contrários, o processo de mediação eletrônica parece adequar-se bem aos novos tempos. Os benefícios do rompimento das barreiras geográficas, a acessibilidade que proporciona às pessoas com deficiências físicas, a celeridade do rito, as módicas despesas econômicas suportadas pelos usuários, tudo isso justifica a aposta do Código de 2015 nessa ferramenta. O ponto de preocupação relacionado às plataformas *online* reside na asseguração da higidez do procedimento e das cláusulas de garantia das partes. Os sistemas de videoconferência dos tribunais deverão avalizar a identidade dos intervenientes, certificando a titularidade e autenticidade da firma. Além disso, os mediadores deverão desenvolver habilidades específicas para interpretar à distância os sentimentos das partes e a ocorrência de vícios no consentimento. Por fim, cumpre dizer que a mediação virtual já é amplamente utilizada em países como a Alemanha, Estados Unidos, Holanda e Argentina. Tanto é assim que muitas empresas de tecnologia se especializaram no desenvolvimento de softwares próprios para o desenvolvimento das sessões online. (SIVIERO, 2015, p. 325-226).

No que se alude às desvantagens, referem-se principalmente a ausência de contato entre as partes e a os problemas que grande parte da população enfrenta ao acesso à internet. Tendo em vista que a mediação, que tem como objetivo estimular o diálogo entre as partes, esta falta de contato pode ser um obstáculo que precisará mais estudo. Primeiramente, parece essencial que para uma mediação *online* tenha êxito, é preciso utilizar métodos como a vídeoconferência, onde os envolvidos poderiam ter um contato mais aproximado, e ocorrer formas não verbais de comunicação, como a linguagem corporal, expressão facial.

Em contrapartida, como são necessários profissionais capacitados para realizar uma mediação, e a necessidade da interdisciplinaridade, pois além dos advogados dos envolvidos, muitos casos necessitam de psicólogos e assistentes sociais, como nos casos que envolvem conflitos familiares, as mediações *online* facilitariam a presença de referidos profissionais em maior número de sessões.

Verifica-se, portanto, que as dificuldades existentes não são instransponíveis, sendo que caberia ao Judiciário estudar as formas mais adequadas para implantar métodos virtuais de solução consensual de conflitos.

CONCLUSÃO

Pelo presente trabalho, verificou-se que a construção dos direitos fundamentais apresenta-se em dimensões, que não são sucessivas, mas concomitantes, sendo que as garantias conquistadas em uma dimensão, não afastam os direitos pleiteados em outra.

Averiguou-se, ainda, que o direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição não precisa ocorrer somente com o ingresso de processos perante o Poder Judiciário, pois há formas consensuais de solução de controvérsias, como a mediação,

a conciliação, e até mesmo a negociação, que também são formas de acesso à justiça, que tem como finalidade restabelecer o diálogo entre as partes e construir a "cultura da paz".

Com a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), bem como o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) o Judiciário brasileiro caminha para alcançar a solução da morosidade processual e da exclusão de cidadãos do acesso à justiça. Todavia, a inovação legislativa não é suficiente, é preciso uma revolução social e cultural, onde as partes deixam de visualizar o litígio como a única forma de solução do conflito. Além disso, é preciso a mudança concomitante dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, para que realmente apliquem a lei, e estimulem a conciliação e mediação.

Por fim, a sociedade atual está cada vez mais utilizando a comunicação virtual, e desta forma, também pode utilizar a rede para encontrar solução aos conflitos. A mediação virtual pode servir de modelo adequado de resolução de conflitos, pois tem como vantagem a economia de tempo e de dinheiro, além de resolver os problemas como a distância entre os envolvidos.

Sabe-se que existem dificuldades no uso desta ferramenta, que se refere principalmente a falta de contato entre as partes, um dos requisitos para que a mediação ocorra, todavia, a utilização de sistemas de videoconferência tende a resolver referido impasse. Outro problema verificado refere-se ao fato que grande parte da população enfrenta dificuldade ao acesso à internet. Todavia, a realização de mediação em rede em espaços fornecidos pelos Tribunais seria uma solução para a dificuldade apresentada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Codigo de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. 6 ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório justiça em números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf> Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Premio Conciliar é legal. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/premio-nacional-da-conciliacao>- Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.140/2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>

Acesso em: 20 out. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. Revista do Direito [ISSN 1982-9957]. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set. 2016. Disponível em:<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012..

SIDEKUM, Antônio; WOLKMER, Antonio Carlos, et al. Organizadores. Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do novo código de processo civil e da lei da mediação Revista eletrônica UFRS. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263> . Acesso em: 20 out. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (organizadores). Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem. [recurso eletrônico] Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo.Mediação, conciliação e arbitragem: artigo por artigo de acordo com a Lei nº 13.140/2015, Lei nº 9.307/1996, Lei 13.105/2015 e com a resolução nº 125/2010 do CNJ. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis :Habitus, 2001

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17-50.

_____. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUROCRACIA, PROCEDIMENTALIZAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Carlos César Sousa Cintra[*]
Daniel Mota Gutierrez[*]

Resumo

O presente escrito examina alguns aspectos revelados pela denominada "administração pública burocrática" para, em seguida, evidenciar a importância que os procedimentos e processos, desde que adotados na medida certa, exercem no encaminhamento de questões por parte dos administrados perante o Estado. Analisa-se a relação entre a (in)eficiência da Administração Pública e a burocracia, por intermédio da releitura dos esquemas procedimentais próprios da teoria da burocracia weberiana, em uma perspectiva que resguarde a imprescindível segurança jurídica que deve nortear a atuação estatal. A investigação compreende, ainda, a delimitação do sentido e alcance jurídico da "procedimentalização" e da "processualização" no âmbito da Administração Pública burocrática à luz da vigente Constituição Federal.

Título Palavras-chave

Burocracia. Procedimentalização. Processualização.

BUREAUCRACY, PROCEDURE AND PROCESSING IN BRAZILIAN LAW

Abstract title

This paper examines some aspects revealed by the so-called "bureaucratic public administration" and then highlights the importance that the procedures and processes, if adopted in the right way, have in the referral of questions by administrators against the State. The relationship between the (in) efficiency of the public administration and the bureaucracy is analyzed through the re-reading of the procedural schemes proper to the Weberian bureaucracy theory, in a perspective that safeguards the indispensable legal certainty that should guide the state performance. The investigation also includes the constitutional delimitation of the legal meaning and scope of "proceduralisation" and "processualization" within the scope of bureaucratic public administration.

Key Words title

Bureaucracy. Procedurealization. Processualization

[*]Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1995), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Ceará e sócio - Cintra Mourão Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: tributos federais, direito tributário, tributos estaduais, princípios tributários e processo administrativo tributário.

[*]Possui mestrado em Programa de Pós-Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional processual, processo coletivo e transação.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é de hoje que constitui verdadeiro "lugar comum" associar o termo plurissignificativo "burocracia"[1] a tudo o que obsta a obtenção de soluções ágeis e eficientes.[2] Nesse sentido, alguns dicionários definem burocracia do seguinte modo: a) "série de procedimentos que tornam morosos os serviços prestados pelos órgãos públicos ou privados"[3]; b) "morosidade ou complicação no desempenho de serviço administrativo"[4]; e c) "tramitação demorada de papéis, em repartições públicas ou em organizações de outro tipo. Administração com excesso de formalidades"[5].

Ao apresentar-se como noção portadora de uma expressiva conotação emocional negativa, costuma-se empregar o vocábulo em questão quase que exclusivamente com sentido pejorativo, enquanto causa última do mau funcionamento do aparato estatal.

Assim, o apego dos agentes a regras de conduta, expedientes, rotinas e controles acarreta uma inaceitável lentidão, traço negativo este gerado pelos modelos burocráticos, que desse modo mais atrapalhariam do que favoreceriam o bom desempenho da Administração Pública. Entre outros atributos negativos, ineficiência e lentidão estariam sempre associadas à idéia de burocracia.

Porém, constata-se que o problema não reside na existência de organizações estruturadas segundo um modelo burocrático. Na verdade, o defeito provém dos excessos desnecessários postos em prática por determinados sujeitos integrantes na máquina estatal, anomalias estas que tornam evidentes perturbações da burocracia.

De seu turno, a existência de procedimentos, prestigiando a participação dos administrados, é algo que tem o condão de concorrer para o oferecimento de soluções que atendam às expectativas axiológicas hospedadas pela vigente ordem constitucional[6].

O presente escrito pretende inicialmente examinar alguns aspectos revelados pela denominada "administração pública burocrática" para, em seguida, evidenciar a importância que os procedimentos e processos, desde que adotados na medida certa, exercem no encaminhamento de questões por parte dos administrados perante o Estado.

Nesse sentido, pretende-se examinar a relação entre a (in)eficiência da Administração Pública e a burocracia, por intermédio da releitura dos esquemas procedi-

---

[1] "Burocracia" é um termo composto pelo francês *bureau* (escritório) e pelo grego *krátos* (poder ou regra), significando o exercício do poder por funcionários de escritórios.

[2] Nesse sentido, Owen Fiss destaca que "burocracia" é "um termo frequentemente usado com conotações pejorativas, em razão das patologias ou disfunções ligadas às organizações complexas, ...", evidenciando, inclusive, que " a história do século XX é, de maneira geral, a história da burocratização", afirmativa esta que demonstra o relevo da presente temática. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Iurisdicão. Constituicão e Sociedade*, coord. da tradução Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

[3] AULETE, Caldas. *Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2004, p. 120-121.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O minidicionário da língua* portuguesa, 5. ED., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001, p. 120.

[5] BUENO, Silveira, *Dicionário escolar*, 3. ed., São Paulo, Edigouro, 2004, p. 103.

[6] Para Edson Fábio Garutti Moreira, somente por meio da burocracia "é que os princípios humanistas e os direitos humanos podem, ou não, ser garantidos". *Humanismo de Maritan e a burocracia*, São Paulo, Edições Loyola, 2011, p. 21.

mentais próprios da teoria da burocracia weberiana, em uma perspectiva que resguarde a imprescindível segurança jurídica que deve nortear a atuação estatal.

A investigação acima compreende, ainda, a delimitação do sentido e alcance jurídico da "procedimentalização" e da "processualização" no âmbito da Administração Pública burocrática à luz da vigente Constituição Federal.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA: PRINCIPAIS ASPECTOS

Segundo a proposta aqui encampada, a burocracia, verdadeiro fenômeno indissociável à noção de poder, que se mostra indispensável qualquer que seja o tipo de Estado[7], constitui um modelo de organização arrimada na racionalidade – adequação dos meios aos objetivos colimados – que visa assegurar o mais elevado grau de eficiência possível no concernente ao atingimento de tais fins[8].

Por sua vez, os modelos burocráticos, que constituem lídima prática da administração estatal, são marcados pela presença dos seguintes elementos: a) caráter legal das normas; b) caráter formal das comunicações; c) divisão do trabalho; d) impessoalidade no relacionamento; e) hierarquização da autoridade, rotinas e procedimentos; f) competência técnica e mérito; g) especialização da Administração; e h) profissionalização e previsibilidade do funcionamento[9]. Nota de rodapé 10 sem texto. Suprimir ou indicar referência..

Em súmula: a administração pública designada de burocrática possui como apanágios a racionalização dos processos administrativos (I) e a profissionalização dos processos e do quadro do funcionalismo (II).

Por outro lado, cumpre ressaltar que devem ser reconhecidas limitações à administração burocrática, mormente por ela ser suscetível a exageros – quantidade de procedimentos e controles, *ad exemplum* – cujas indesejadas conseqüências ocasionam os mais variados tipos de disfunções, a começar pelo manifesto comprometimento de um dos pressupostos em que ela se escora, a saber: a eficiência[10].

Logo, impõe-se a realização de uma releitura dos esquemas procedimentais próprios da teoria da burocracia weberiana. Mas essa revisão de conceitos não deve resultar em prejuízo na necessária segurança jurídica que deve timbrar a atuação estatal.

Em todo o caso, certo é que apesar de alardear-se que as últimas reformas administrativas introduziram entre nós um modelo gerencial, inegavelmente depara-se com a presença de métodos burocráticos nos domínios da Administração Pública.

O regime das licitações e concursos públicos, as desapropriações, a previsão de procedimentos específicos para apurar a prática de infrações e aplicação de sanções

[7] Cf. Zippelius, Reinhol. *Teoria geral do Estado*. Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1971.
[8] CHIAVENATO, Idalberto. *TGA – Teoria Geral da Administração*, 6. ed., Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2002. 11. reimp., p. 6.
[9]
[10] Luis Carlos Bresser Pereira considera que "a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos". Da administração pública burocrática à gerencial, in *Revista do Serviço Público*, 47(1), janeiro-abril 1996, p. 3.

pelo Poder Executivo, são alguns exemplos de situações que consagram a burocracia como modelo de organização utilizado para a tomada de decisões no âmbito do Estado.

É precisamente a partir daquela constatação que sobressaem os fenômenos da procedimentalização e processualização, como mecanismos que põe em destaque a participação dos administrados, e que se bem empregados podem evitar os efeitos danosos decorrentes de uma extremada burocratização.

2. SOPRO ETIMOLÓGICO: PROCEDIMENTALIZAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO

Napoleão Mendes de Almeida assinala que "o nosso sufixo *izar* tem em inglês a forma correspondente *ize* para indicar a 'ação de', quando não tem o próprio nome com força verbal"[11] (grifos do autor).

É também daquele gramático a observação no sentido de que o afixo posposto "ação" acresce-se a tema verbal para designar ação ou resultado de ação[12].

A partir daquelas lições tem-se que o verbo "procedimentalizar", cuja formação é oriunda da junção do sufixo verbal "izar" ao substantivo "procedimento", possui o sentido de ação voltada à implementação de procedimento.

Por sua vez, "procedimentalização", substantivo feminino, consiste exatamente na ação ou resultado da ação de procedimentalizar, isto é, implantar procedimentos.

De modo análogo, "processualizar" (verbo) significa dirigir ação voltada a implantar processo, e "processualização" (substantivo feminino) traduz o efeito propriamente dito decorrente daquele agir.

E quanto à "procedimentalidade" (procedimento + idade) e "processualidade" (processo + "idade"), eis aqui substantivos femininos indicando uma situação em que sobressai procedimento e processo, respectivamente.

Feitas tais anotações gramaticais, cuidar-se-á do ponto central que ora interessa: sentido e alcance jurídico da procedimentalização e processualização no âmbito da Administração Pública burocrática, e segundo o ambiente normativo suscitado pela ordem constitucional inaugurada pela vigente Carta Magna.

3. PROCEDIMENTALIZAÇÃO AMPLA

A vigente Magna Carta posicionou destacadamente o complexo seqüencial de atos ("procedimentos") em todos os âmbitos de ação estatal (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário). A partir da nova ordem constitucional, o agir do Estado necessitará nortear-se por aquela perspectiva "procedimentalizante".

A conexão do exercício das funções estatais com o procedimento mostra-se verdadeiro consectário da opção manifestada no princípio do "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, CF/88), que trouxe para as autoridades (membros do Poder Executivo, *in exemplis*) o inarredável dever de proporcionar uma maior participação dos cidadãos nos momentos em que o Estado atua.

[11] *Dicionário de questões vernáculas*. 4. ed., São Paulo, Ática, 1998, p. 292.
[12] *Gramática metódica da língua portuguesa*, 42. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 394.

Acorda-se com J. J. Gomes Canotilho, que atribuindo ao procedimento (módulo seqüencial) a potencialidade de converter a Constituição em uma ordem jurídica dinâmica assevera:

> "... a participação através do procedimento, além de ser um *meio de comunicação* ascendente e descendente entre governantes e cidadãos, é igualmente, uma *compensação* e uma *garantia* dos particulares e das comunidades (locais, regionais, grupais) perante as tarefas crescentes de conformação política e econômica levadas a efeito por uma burocracia e tecnocracia estaduais sem qualquer transparência democrática."[13] (grifos do autor)

Noutro giro verbal: a citada procedimentalidade introduzida pela vigente Constituição, que tem como *meta optata* favorecer a contenção do exercício "poder estatal", impulsiona a postular por mudanças no distanciado relacionamento até então travado entre Estado e sociedade.

Tendo feito a escolha pelo regime democrático, os detentores do poder político não poderão ser renitentes em criar mecanismos que permitam uma maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos decisórios advindos da atividade legislativa, administrativa e judicante, mediante um encurtamento da distância que separa governantes e governados[14].

Defende-se, pois, que por meio da adoção apropriada daquele estilo de atuar, que vai ao encontro das expectativas axiológicas inseridas na Carta Magna, a própria contenção do poder estatal juntamente com a valorização dos direitos fundamentais restarão facilitadas[15].

Entrevê-se nele a aptidão para fomentar, *in hipothesi*, a efetivação, por parte da sociedade, de um controle mais eficaz do agir estatal, já que a previsão de adequados procedimentos, onde os cidadãos tenham a real condição de influenciar qualitativamente nos resultados a serem obtidos, permitirá uma fiscalização antes, durante e depois da concretização das atividades do Estado[16].

Jürgen Habermas, baseado em seus estudos sobre o agir comunicativo (teoria do discurso), edifica uma teoria do procedimento e do processo que segundo ele opor-

---

[13] *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 1036.

[14] Gérson Marques de Lima enaltece o fato de a CF/88 ter assegurado o direito ao módulo seqüencial adequado, e diz que tal procedimento "é aquele que se mostra apto a por ele se exercerem as garantias processuais, no incremento da tutela buscada para a efetivação do interesse não satisfeito". *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos fundamentais*), São Paulo, Malheiros, 2002, p. 87-88.

[15] Adriana da Costa Ricardo Schier afirma que "através da procedimentalização da esfera administrativa, o direito de participação poder ser exercido tanto na dimensão em que concretiza o princípio do Estado de Direito (na medida em que possibilita o controle de legalidade dos atos administrativos) como na perspectiva que viabiliza o princípio democrático, pois garante o direito à intervenção dos cidadãos na gestão pública". *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 98-99.

[16] Acerca disso, J. J. Gomes Canotilho enfatiza que "a compreensão das decisões constitucionais como decisões justas (sejam elas decisões tomadas no exercício da função legislativa, da função administrativa ou da função jurisdicional) quanto ao 'modo de decidir' e quanto ao 'produto final', implica a idéia de vinculação constitucional de todas as actividades concretizadoras da Constituição nos vários momentos de desenvolvimento e não apenas no acto definitivo final". *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 1035.

tunizaria melhor discutir a democracia[17], bem como permitiria compreender, numa dimensão procedimentalista, a legitimidade e racionalidade do direito[18].

Porém, em consonância com o que se assentou anteriormente, especulações em torno dessa proposta teórica deixarão de ser aqui realizadas em razão do eixo metodológico que marca esta pesquisa não permitir aprofundamento naquele rumo.

4. PROCESSUALIZAÇÃO ATÍPICA

Ao compulsar o texto da nossa Magna Carta constata-se que o constituinte originário dedicou especial atenção no que se refere à disciplina do modo como o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário deveriam conduzir-se no instante do exercício das suas funções típicas e atípicas.

Na verdade, além do tratamento diretamente relacionado como fenômenos envoltos por procedimento (módulos seqüenciais) ou procedimentos em contraditório (módulos seqüenciais dialéticos), é curioso perceber que principalmente o signo "processo" foi usado com significações as mais diversas, dentre as quais se destacam as seguintes:

> módulo seqüencial dialético ("processo") – art. 5º, incisos LIV, LV, LVI, LXXII, alínea "b", LXXVIII / art. 41, inciso II / art. 51, inciso I / art. 53, §5º / art. 55, §4º / art. 86, §1º, inciso II e §2º / art. 95, p. único, inciso II / art. 103, §1º / art. 103-A, §1º / art. 103-B, §4º, incisos III e V / art. 107, §3º / art. 109, §5º / art. 115, §2º / art. 125, §6º / art. 130-A, §2º, inciso III e IV / art. 184, §3º, inciso I / art. 217, §2º / art. 247, p. único / art. 232, *caput*;
>
> módulo seqüencial ("procedimento") – art. 5º, inciso LIV[19], art. 27, §4º / art. 37, inciso XXI / art. 59, *caput* / art. 84, inciso III / art. 85, p. único / art. 93, inciso IV / art. 96, inciso I, alínea "a" / art. 98, inciso II / art. 121, §2º / art. 166, §7º;
>
> conjunto de papéis, documentos, petições etc, relativos a um assunto qualquer, que se encaminha a um órgão oficial – art. 26, §2º, ADCT;
>
> conjunto de papéis e documentos referentes a um litígio (autos) – art. 93, inciso XV / art. 103-B, §1º, §4º e §5º, inciso VI / art. 129, §5º / art. 27, §6º, ADCT;
>
> modo ou maneira de fazer alguma coisa – art. 170, inciso IV / art. 220;
>
> realização contínua e prolongada de certa atividade – art. 44, §2º e 3º, ADCT;
>
> método – art. 210, §2º; e
>
> andamento, marcha, desenvolvimento – art. 215, §1º.

[17] Cf. *Direito de democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 158-160.

[18] Cf. Três modelos normativos de democracia, trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira, in *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan/jun, 1995, p. 111-112.

[19] É indisputável que a cláusula *due processo of law* interfere em fenômenos em que predominam esquemas procedimentais e esquemas processuais. Aqui basta evidenciar que, a despeito de o *nomem iuris*, à primeira vista insinuar uma projeção restrita à sucessão de atos estruturados em contraditório, na verdade aquele citado postulado informa as duas modalidades de módulos seqüenciais – "procedimentos" e "processos".

É notório que o legislador constitucional nem sempre empregou o mencionado termo no estrito sentido técnico-jurídico. Mas não se pode contestar que houve da parte dele o esmero em estabelecer as bases jurídicas da atuação dinâmica do Estado, que por força do art. 1º, da CF/88, deve prestigiar a participação ativa dos interessados em tais movimentações estatais.

Noutras palavras: a ordem jurídica sobrevinda com a vigente Constituição criou condições para que cada vez mais fosse posta em prática aquela irrefragável tendência dirigida a implantar as fórmulas a que referimos antes (módulo seqüencial ou módulo seqüencial dialético) nas atuações do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Diante daquele vivaz espírito procedimentalizante (sem contraditório ou com contraditório) patenteado na *Lex Magna*, passou-se a sustentar a existência de um esquema processual amplo ou "processualidade em sentido amplo"[20], que alcançaria todo e qualquer agir estatal.

De rigor, segundo as premissas adotadas neste escrito, seria mais apropriado cogitar de um esquema procedimental amplo. Isto porque pelo que se disse noutra parte, a atuação estatal com base em procedimentos (módulos seqüenciais) é que se alastrou, sendo que a aplicação de tal fórmula numa estrutura dialética (processo) é algo mais restrito, próprio de específicas situações.

Então, seria mais correto aludir à "procedimentalização ampla" (procedimentalidade) juntamente com uma "processualização atípica" (processualidade).

Aclara-se que a última locução (processualidade atípica) significa que a obrigatoriedade de permitir que os destinatários da atuação estatal tenham a mais ampla possibilidade de intervir, de modo simétrico e equilibrado (contraditório), em situações que dêem origem a atos ou resultados finais produtores de efeitos jurídicos, acontece em particulares manifestações de exercício atípico de função judicante pelo Executivo e Legislativo.

Admite-se que a nomenclatura sugerida ("processualidade ampla"), hoje amplamente conhecida de todos, quer manifestar a projeção de alguns princípios, de modo especial do contraditório e da ampla defesa, a casos concretos que até à CF/88 para muitos não sofriam qualquer influxo de tal postulado.

É naquele sentido que Odete Medauar sugestiona a presença de um "núcleo comum da processualidade" a partir de dados extraídos da própria experiência jurídica – módulo processual amplo esse que portaria, em síntese, os seguintes elementos fundamentais[21]:

> a processualidade exprime o instante em que um dado fenômeno está acontecendo (dinamicidade);
>
> a processualidade não se traduz na simples adição de atos isoladamente considerados (somatório de fases), voltada à obtenção de um certo resultado final, uma vez que o encadeamento dos atos ou atuações exige que cada ato

[20] Medauar, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
[21] *Direito Administrativo Moderno*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 178-179.

precedente provoque a realização do ato posterior, tudo até o momento final;

o sistema jurídico determina o encadeamento sucessivo dos atos como algo necessário e obrigatório;

apesar da correlação que há entre o processo e o ato final, o primeiro tem natureza instrumental quanto ao segundo;

a processualidade abarca todos os atos que imediata ou mediatamente sejam atados à edição do ato final;

a processualidade envolve a coadjuvação de alguns sujeitos ou órgãos; e

as pessoas atuantes no processo, e que mantêm vínculos entre si, são dotadas de direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades (posições jurídicas ativas e passivas).

Se é salutar o intento de pinçar na CF/88 os aspectos mencionados acima, por outro lado não se mostra correto supor que a atuação estatal sempre seja realizada de acordo com a sucessão de atos em contraditório ("processo").

À vista disso, assimila-se, com algumas reservas, a proposta que apregoa a existência de uma "processualidade ampla", pelo menos no sentido aqui depreendido. Isto porque, apesar de acertadamente tal perspectiva teórica preordenar-se a demonstrar o desacerto da manutenção do processo nas amarras do Judiciário, em contrapartida ela peca pelo exagero de planear estender a sistemática processual (série de atos em contraditório), indistintamente, a todas as formas de atuação do Estado.

Aqui novamente reafirma-se que somente ao exercitar (típica ou atipicamente) função judicante é que verdadeiramente torna-se possível cogitar da existência de fenômenos processuais *stricto sensu*, e, em conseqüência disso, subjugar tal agir a um regime jurídico peculiar, daí porque se opta por utilizar a expressão "processualidade atípica".

5. Principiologia constitucional aplicável à atividade estatal, desenvolvida segundo módulos seqüenciais e módulos seqüenciais dialéticos

De modo objetivo, serão apresentados neste item os fundamentos que permitem compreender o regime jurídico-constitucional básico das atividades legislativa (atípica), administrativa (típica). Para tanto, somente se apontará os traços indispensáveis aos fins almejados por esta investigação.

5.1. O *due process of law* como sobreprincípio ordenador da atuação estatal

O exercício de função estatal deve sempre ocorrer segundo módulos seqüenciais ("procedimentos"). O mesmo não acontece com a instauração de módulos seqüenciais dialéticos ("processo"), que só tem vez quando o Estado deseja agir restringindo liberdades[22] e bens[23], compreendidas tais palavras na acepção mais ampla.

[22] Encontram-se nos direitos de liberdade os seguintes atributos: a) centram-se nas pessoas; b) representam modos de agir das pessoas; c) sua importância é função direta da importância da pessoa.

[23] No elenco do conceito de bens, ordinariamente, incluem-se os materiais (tangíveis), imateriais (ideais), presentes (existentes desde que são considerados) e futuros (certos).

A despeito da distinção indicada acima, advoga-se que toda atuação estatal tem de ocorrer em absoluta conformidade com o princípio jurídico do devido processo legal[24], cujas raízes históricas remontam ao século XIII, e que decisivamente influenciou os contornos do direito inglês e americano[25].

Relativamente ao signo "devido", a significação deste adjetivo no contexto normativo em que ele se encontra está umbilicalmente jungida aos anseios congênitos ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), princípio estruturante de nossa ordem constitucional que reclama uma participação ativa dos cidadãos.

Por sua vez, adverte-se que o termo "processo", integrante da expressão que nomina o referido primado constitucional, rapidamente disseminou-se nos diversos países que incorporaram tal cláusula em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Tendo em vista os pressupostos que orientam este trabalho, seria forçoso postular por um "devido procedimento legal"[26], garantia fundamental de onde emanariam outros direitos e garantias a serem acatados no momento das diversas formas de atuação do Estado (funções legislativa, administrativa e judicante)[27].

Contudo, efetuando as cabíveis elucidações, não se visualiza maiores problemas em continuar empregando aquela consagrada terminologia quando se estiver fazendo referência, por exemplo, aos procedimentos (módulos seqüenciais) administrativo e legislativo desenvolvidos na esfera do Executivo. Aqui a locução deve ser compreendida significando "devidos procedimentos legislativos" e "devidos procedimentos administrativos".

Vale, pois, a opinião de Carlos Ari Sundfeld, no sentido de que "pelo ângulo da garantia dos particulares enquanto sujeitos passivos da atuação estatal, o devido processo determina certas características inafastáveis dos processos legislativo, judicial e administrativo"[28].

Tido como precursor da regra *rule of law* ("supremacia do direito") do sistema britânico, desde a sua concepção inicial, este verdadeiro sobreprincípio associou-se à idéia de submissão do poder público à lei, ao mesmo tempo em que primordialmente destinou-se a proteger direitos individuais contra ações estatais abusivas.

---

[24] Recorda Celso Ribeiro Bastos que "o princípio se caracteriza por sua excessiva abrangência, e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado". *Curso de direito constitucional*, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 209.

[25] Sobre o desenvolvimento do *due process of law* tanto nos sistemas da *comon law* como nos do clássico direito romano-germânico, cf. Grinover, Ada Pellegrini, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

[26] Nelson Nery Junior reconhece que "o conceito de 'devido processo' foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão". *Princípios do processo civil na Constituição federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 32.

[27] Gérson Marques de Lima, aludindo à necessidade de se fomentar a teoria geral dos procedimentos, diz que os direitos e garantias fundamentais inerentes à cláusula do *due proces of law* deveriam "alcançar, também, os *procedimentos* em geral e os *processos de âmbito privado*" (grifos do autor). *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*¸ São Paulo, Malheiros, 2002, p. 64.

[28] *Fundamentos de direito público*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 167.

Lucia Valle Figueredo, ao sustentar que o devido processo legal requer o respeito da igualdade na lei (igualdade substancial) e perante a lei (igualdade formal), lembra ser inadmissível imaginar que "o texto constitucional empregasse a cláusula do *devido processo legal* apenas com seu aspecto formal, com o aspecto do século passado"[29].

Em nosso País, a absorção expressa somente aconteceu com o advento da CF/88, que elevou o direito ao devido processo legal à condição de autêntica garantia constitucional[30].

Relativamente à distinção entre direitos e garantias individuais, de uma maneira geral, perfilha-se o entendimento esposado por Jorge Miranda, a saber:

> "Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias, e muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas, e inserem-se, directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*." [31] (grifos do autor)

Com efeito, por intermédio das solenidades – garantias[32], que promanam da cláusula do *due process of law*, pretende-se ver assegurada a efetividade de direitos fundamentais contemplados na ordem jurídico-constitucional.

Aqui não se pode perder de vista que o *due process of law* ratifica o disposto no art. 5º, inciso II, da CF/88 (princípio da estrita legalidade), à medida que ele requer que eventual invasões das esferas subjetivas dos particulares somente aconteçam se houver autorização expressa de lei *stricto sensu*.

Porque se concebe o módulo seqüencial em contraditório (processo) como espécie do gênero próximo módulo seqüencial (procedimento), a principiologia jurídica informativa deste (*modus procedendi*) abarca os fenômenos ocorridos no seio daquele (processo).

Porém, a conclusão apontada acima dá ensejo a desdobramentos diversos, fato esse comprovado quando do exame da própria claúsula *due processs of law* (eficácia incondicionada), que assumirá feições distintas segundo o ambiente circundante do agir estatal.

Assim, aquele postulado operativo (devido processo legal) desmembra-se em princípios específicos, alguns dos quais influenciarão o resultado final advindo da sucessão de atos onde o contraditório não se faz presente (isonomia, publicidade, mo-

[29] Estado de direito e devido processo legal, in *Revista TRF 3ª Região*, 1997, n. 32, p. 18.
[30] Afirma Paulo Bonavides que "existe garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar". *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 481.
[31] *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, t. IV, p. 88-89.
[32] Esclarece Maria Rosynette Oliveira Lima que, no Brasil, o *due process of law* assume a condição de garantia uma vez que ele "também assegura, ao indivíduo, um certo procedimento como meio apto a minimizar o risco de decisões arbitrárias sobre os bens que visa tutelar, bem assim a proteção ao núcleo essencial dos direitos tutelados". *O devido processo legal*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 18.

tivação etc.), e outros que regerão aquilo que sucede no âmbito de "esquemas processuais" (ampla defesa, *in exemplis*).

Outro aspecto digno de registro diz respeito à bi-dimensão revelada pela mencionada cláusula – *procedural due process of law* e *substantive due process of law*. É que hodiernamente não há mais espaço para pretender cindir aspectos processuais e materiais, que verdadeiramente apresentam-se com traços de complementariedade.

5.2. Protoprincípios regentes da ação estatal em módulos seqüenciais dialéticos: ampla defesa e contraditório

Corolários da garantia constitucional do *due process of law*¸ os princípios da ampla defesa e do contraditório têm aplicação onde quer que haja exercício de função estatal judicante, que obrigatoriamente estruturar-se-á conforme esquemas processuais em sentido estrito (módulo seqüencial dialético).

Saliente-se que será de medular importância o conteúdo desse entendimento, principalmente quando se estiver examinando específicas atividades colocadas em prática pelo Executivo no exercício típico de função administrativa, mediante singelos módulos seqüenciais – procedimentos administrativos, tais como:

- realização de fiscalização tributária *lato sensu*;
- respostas a consultas, pedidos de restituição e outros requerimentos; e
- análise de solicitação de inscrição em cadastro de contribuinte.

É que em tais situações não será adequado supor que a Administração Pública tenha de respeitar os primados do contraditório e da ampla defesa, o que não autorizará afastar por completo o administrado daquelas manifestações estatais, porque como se afirmou, a participação ativa dos interessados deve guiar todos os passos do Estado.

Quanto ao contraditório, ele se revela na multicitada estrutura dialética[33] que orienta módulos seqüenciais (procedimentos)[34] instaurados precipuamente na órbita do Poder Judiciário, mas que também qualificam certas atuações ocorridas no seio dos Poderes Executivo (processo administrativo disciplinar, *in exemplis*) e Legislativo (processo de *impeachment*, *verbi gratia*).

---

[33] Sem ambições de esmiuçar o tema, que é rico em polêmicas filosóficas (Aristóteles, Platão, Kant etc.), tem-se que para este trabalho a dialeticidade aludida traduz-se na síntese dos opostos (Fichte, Hegel etc.), que advém do seguinte método: afirmação de algo (tese); contraposição do que se afirmou (antítese); aceitação ou negação da afirmativa (tese) ou negativa oferecida (síntese). Cf. Villey, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[34] Marcelo Lima Guerra enfatiza que "um módulo seqüencial é dotado de estrutura dialética – tornando-se, assim, uma espécie característica de módulos seqüenciais – quando na sequência de atos em que se traduz tal módulo estão previstas (vale dizer, *asseguradas*) possibilidades simétricas de realização de atos, por ambos os destinatários do ato ou resultado final desse módulo, que sejam aptos a determinar o próprio conteúdo desse ato ou resultado final". *O Conceito de processo como seqüência de atos em contraditório e a processualidade do ordenamento*, trabalho inédito, p. 2.

Além disso, tal como se asseverou, a possibilidade de as partes influenciarem simetricamente o conteúdo das decisões, por intermédio do confronto bilateral entre tese e antítese (diálogo), reclama a idéia de equilíbrio (*par condicio*[35]), que deve igualmente singularizar a dialeticidade essencial ao contraditório[36].

Na verdade é a "igualdade de armas" que confere o aspecto dinâmico ao princípio do contraditório, de modo a proporcionar não uma igualdade meramente formal entre os envolvidos com a controvérsia, mas sim uma igualdade substancial.

Noutro dizer: apenas sendo garantido o indigitado equilíbrio é que os destinatários do resultado final da ação do Estado pautados pelos aduzidos esquemas processuais devem dispor da mesma possibilidade de interferir no teor de tal produto – norma individual e concreta (decisão)[37].

Então, afigura-se irrepreensível o comentário de Marcelo Lima Guerra:

> "O conjunto das possibilidades de participação equilibrada dos sujeitos, cujas situações jurídicas podem vir a ser afetadas pelo ato final ('destinatários') elaborado segundo o módulo seqüencial, pode ser batizada, de acordo com uma longa tradição, de *contraditório*."[38] (grifos do autor)

De seu turno, segundo a CF/88 o clássico direito fundamental da ampla defesa, lídimo consectário do contraditório[39], não tem acepção *ratione materiae* encurtada. Por ela se garante a máxima possibilidade de contestação daquilo que figura no centro do debate processual.

O direito de ampla defesa, que permite a articulação dos argumentos, em nome dos seus interesses, desdobra-se na garantia de o destinatário do ato final do módulo seqüencial dialético (processo) poder trazer ao conhecimento do órgão decididor tudo aquilo que lhe parecer relevante para o deslinde do conflito.

Ademais, a necessária informação aos destinatários da decisão, a fim de que eles tenham plenas condições de reagir àquilo que se lhes apresente desfavorável, é imperativo proveniente do contraditório que permitirá o exercício da ampla defesa[40].

---

[35] Relacionada com o oferecimento de mesmas oportunidades e ferramentas jurídicas, essa paridade não assume contornos absolutos. A fim de que a *par condicio* se efetive é preciso que os sujeitos estejam diante de idêntica realidade, nas mesmas situações – possibilidade de interposição de recurso por quem foi derrotado, *verbi gratia*.

[36] Discorrendo sobre a necessidade de serem estabelecidas regras dialéticas para ser possível a solução da controvérsia, José Souto Maior Borges elucida que "sem a canônica de diálogo processual entre autor e réu, nenhum processo administrativo ou judicial. O princípio do contraditório é um instrumento civilizatório sem o qual regrediríamos à barbárie: justiça com a próprias mãos, regra de Talião: olho por olho, dente por dente". *O contraditório no processo judicial*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 60.

[37] Romeu Felipe Bacellar Filho admoesta que "o contraditório implica abandono da concepção carismática de processo (tarefa exclusiva do órgão estatal julgador), conduzindo à concepção democrática de processo (tarefa de todos os participantes)". *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 229.

[38] *O Conceito de processo como seqüência de atos em contraditório e a processualidade do ordenamento*, trabalho inédito, p. 3.

[39] Cf. Comoglio, Luigi Paolo. *La garanzia constituzionale dell'a azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM, p. 140.

[40] Sergio La China destaca que "il principio del contradditorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due due aspetti o tempo essenziali: informazione, reazione". L'execuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile, Milano, A. Giuffrè, 1970, p. 394.

6. CONCLUSÕES

a) deve-se evitar considerar, aprioristicamente, o sistema burocrático como algo necessariamente prejudicial à coletividade;

b) a culpa da ineficiência da Administração Pública não é da burocracia, e sim da atuação exorbitante dos agentes públicos, que reverenciam, excessivamente, rigorismos inúteis;

c) com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a sustentar a existência de um esquema processual amplo ou "processualidade em sentido amplo", capaz de alcançar todo e qualquer agir estatal, contudo, e em consonância com as premissas do vertente estudo, é mais apropriado cogitar de um esquema procedimental amplo, na medida em que a atuação estatal com base em procedimentos (módulos seqüenciais) é que se alastrou, sendo que a aplicação de tal fórmula numa estrutura dialética (processo) é algo mais restrito, próprio de específicas situações;

além do tratamento diretamente relacionado como fenômenos envoltos por procedimento (módulos seqüenciais) ou procedimentos em contraditório (módulos seqüenciais dialéticos), percebe-se que o signo "processo", de forma especial, foi utilizado com significações as mais diversas no âmbito da vigente Constituição Federal;

somente ao exercitar (típica ou atipicamente) a função judicante é que torna-se possível cogitar da existência de fenômenos processuais *stricto sensu*, e, em conseqüência disso, subjugar tal agir a um regime jurídico peculiar, razão pela qual se opta por utilizar a expressão "processualidade atípica";

f) O exercício de função estatal, que deve dar-se em conformidade com o princípio do devido processo legal, ocorre segundo módulos seqüenciais ("procedimentos"), diferentemente do que acontece com a instauração de módulos seqüenciais dialéticos ("processo"), pois estes só tem vez quando o Estado deseja agir restringindo liberdades e bens, compreendidas tais palavras num alcance mais amplo.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional,* 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 1036.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia constituzionale dell'a azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM.

FIGUEREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal, in *Revista TRF 3ª Região*, 1997, n. 32

HABERMAS, Jurgen. Três modelos normativos de democracia, trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira, in *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan/jun, 1995, p. 111-112.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, t. IV

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1997

OS INTERESSES DIFUSOS NAS DISPENSAS COLETIVAS NO BRASIL: Análise do Caso da Fundação Zoobotânica do Rio Grande Do Sul

Juliano Gianechini Fernandes[*]
Rodrigo Wasem Galia[*]

Resumo

O presente texto, tem por objetivo uma análise crítica acerca das possíveis demissões na Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul, que foram suspensas judicialmente em janeiro de 2017 pela Juíza da 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS, Dra. Valdete Souto Severo e pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região em sede de Mandado de Segurança. A metodologia adotada foi dedutiva, com base em uma abordagem teórica nacional e internacional significativa sobre tais questões. Em termos de sínteses conclusivas, argumenta-se que tais demissões em massa envolvem não só os trabalhadores, mas a sociedade em geral, tornaram-se problemas mundiais de pós-modernidade, onde a complexidade prevalece, em que a inadequação é mais profunda e mais séria entre os conhecimentos separados e fragmentados entre as disciplinas, inclusive as legais, e, por outro lado, realidades ou problemas que aumentam a nível multidimensional e global. O impacto das interrupções múltiplas dos contratos de trabalho atinge uma certa percentagem dos trabalhadores de uma determinada empresa e acaba gerando uma perda coletiva de empregos, excluindo milhares de trabalhadores do mercado de trabalho.

Palavras-chave

Dispensas. Interesses Difusos. Funcionários da Fundação Zoobotânica.

[*]Advogado. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS; Graduado pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA; possui Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional IMED. Atualmente é Advogado, Professor na Graduação e Pós-graduação da UniRitter - Laureate International Universities; Professor em 2013 e 2014 no Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC) em cursos preparatórios para concursos, pós-graduação e exame da OAB; Professor convidado nos Cursos de Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Faculdade CNEC, Universidade de Passo Fundo (UPF), Universidade de Santa Cruz-UNISC e Universidade Franciscana - UFN; Professor convidado em cursos de extensão da Escola Superior da Advocacia - ESA/RS; Membro da Academia Sul-Riograndense de Direito do Trabalho titular da Cadeira nº 16, Membro do Grupo de Estudos "Relações de Trabalho e Sindicalismo", na Pontifícia universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Pesquisador acadêmico.

[*]Professor do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da UFSM (desde março de 2019), com a disciplina As Relações de Trabalho no Século XXI: Novos Desafios na Sociedade em Rede.Pós-Doutorando em Direito pela PUCRS (2019). Professor Adjunto A, Nível I, no Regime de 40 horas semanais com Dedicação Exclusiva nas disciplinas de Direito Individual do Trabalho, Direito Individual e Coletivo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM, aprovado em 1º lugar no Concurso 195/2016. Doutor em Direito (PUCRS/ 2016), aprovado com votos de Louvor e Distinção. Mestre em Direito (PUCRS/2004). Bacharel em Direito (PUCRS/ 1999). Advogado inscrito na OAB/RS sob o nº 48.336.

THE DIFFUSE INTERESTS IN COLLECTIVE LAYOFFS IN BRAZIL: ANALYSIS OF THE CASE OF THE ZOOBOTANICAL FOUNDATION OF RIO GRANDE DO SUL

Abstract

The purpose of this paper is to critically analyze the possible layoffs at the Rio Grande do Sul Zoobotanical Foundation, which were suspended in January 2017 by the Judge of the 18th Labor Court of Porto Alegre / RS, Dr. Valdete Souto Severo and by the Regional Labor Court of the 4th Region in the case of a writ of security. The methodology adopted was deductive, based on a significant national and international theoretical approach on such issues. In terms of conclusive syntheses, it is argued that such mass dismissals involve not only the workers, but to society in general, have become world problems of postmodernity, in where complexity prevails, in where inadequacy is more profound, and more serious between knowledges separate and fragmenteds between the disciplines, including legal ones, and, on the other hand, realities or problems increasingl multidimensional and global . The impact of multiple cessations of employment contracts reaches a certain percentage of the workers of a particular company and end up generating a collective loss of jobs, excluding thousands of workers from the labor market.

Keywords

Dispenses. Diffuse Interests. Staff of the Zoobotanical Foundation.

1. INTRODUÇÃO

A dispensa em massa de trabalhadores sem a intervenção sindical afronta diretamente os mecanismos legais de proteção do operário diante de sua dependência econômica do empregador. Os direitos conferidos aos trabalhadores brasileiros pela Constituição Federal de 1988, são de ordem fundamental social, exigindo prestações positivas do Estado em sua implementação e manutenção. Mas mais que garantir o acesso ao emprego, deve o Estado permitir a proteção ao emprego já conquistado. No caso dos funcionários da Fundação Zoobotânica do Estado do Rio Grande do Sul, que se analisará no presente artigo, partir-se-á do cotejo entre a iniciativa do Poder Executivo Estadual na extinção das Fundações pertencentes ao ente público, sob alegação de corte de custos, havendo, por conseguinte, possibilidade de dispensas em massa, o que afronta os interesses difusos por elas atingidos, dada a essencialidade do trabalho na efetivação da dignidade da pessoa humana e desenvolvimento social econômico.

2. COTEJO ENTRE O TRABALHO COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E AS DISPENSAS COLETIVAS

O trabalho é, sem dúvida, meio de sobrevivência, mas também é fonte privilegiada de identidade pessoal, na medida em que a pessoa age e atua, superando desafios e obstáculos proporcionados pelo trabalho. Num sistema capitalista, a inclusão social de um indivíduo está interligada ao que faz, ao que produz, ao seu trabalho, sua atividade profissional útil na sociedade em que convive, ao fim e ao cabo. Não ter acesso ao desenvolvimento profissional, é algo que diminui a pessoa enquanto membro de um corpo social e até mesmo na condição de provedor do sustento familiar. No Estado Democrático de Direito, o trabalho deve ser encarado como manifestação da personalidade; é atividade que se pode exercer com liberdade e dignidade, limitado pela capacidade profissional. O trabalho, nessa medida, realiza o indivíduo como pessoa, e

é fundamento para o desenvolvimento humano, econômico e como base do bem-estar e da justiça sociais.[1]

A Constituição Federal de 1988 elege o **valor social do trabalho** ao definir a base fundamental da República, no art. 1º, III e IV, ao lado da **livre iniciativa.** No art. 193 da Carta Magna, o valor social do trabalho é posto em categoria superior aos demais valores que a **Ordem Social** procura preservar. A tutela Constitucional ao trabalho efetiva o Estado Democrático de Direito, ao garantir, com tal proteção ao trabalho, a dignidade da pessoa e sua possibilidade de inclusão social. Essa é a razão pela qual a atual Constituição, antes de elencar o **valor social do trabalho** e a **livre iniciativa** como fundamentos da República, arrolou o fundamento que se qualifica como *ratio* dos direitos sociais: **a dignidade da pessoa humana.**[2] Na busca da proteção ao emprego, é preciso esclarecer o que se entende por despedida coletiva. A legislação brasileira não trata de dispensa em massa, nem estabelece conceito no sentido do que é tal ruptura contratual. Não há proibição em lei da dispensa coletiva ou de que a empresa tenha de tomar certas providências para assim proceder.

O artigo 1.1 da Diretiva nº 75/129 da Comunidade Econômica Europeia considera dispensa coletiva como a efetuada por um empresário, por um ou vários motivos não inerentes à pessoa do trabalhador, quando o número de dispensas no período de 30 dias corresponda a: (a) 10 empregados, cujo centro de trabalho empregue, habitualmente, entre 20 a 100 trabalhadores; (b) 10% do número de empregados, nos centros de trabalho que empreguem habitualmente entre 100 a 300 trabalhadores; (c) 30 empregados, nos centros de trabalho que empreguem habitualmente o mínimo de 300 trabalhadores; (d) ou 20 empregados, seja qual for o número de trabalhadores habitualmente empregados nos centros de trabalho afetados, desde que a dispensa se verifique dentro de um período de 90 dias. Trata-se de um conceito complexo. 3

Tem característica subjetiva quando faz referência à resolução unilateral do empresário e qualitativa, quando menciona os motivos da dispensa, e quantitativa, quando faz referência ao número de trabalhadores afetados. Leciona Nelson Mannrich que não foram instituídas sanções no caso do descumprimento da diretiva. Dessa forma, é da competência dos Estados-membros regular a questão, providenciando para que os representantes dos trabalhadores disponham de procedimentos administrativos e/ou judiciais para exigir o cumprimento das obrigações estabelecidas na diretiva.4

Outra característica que está associada a dispensa coletiva são os reflexos ou os desdobramentos dessa modalidade de despedida, os quais trazem efeitos além da esfera particular, até mesmo sobre uma determinada ordem econômica, dependendo

[1] GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 292.
[2] GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 292.
[3] MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000. p. 231.
[4] MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000. p. 231.

de sua amplitude e mesmo na rotina de vida de uma comunidade. Importante referir que o instituto da dispensa coletiva advém de modificações na organização do trabalho, quer por implementos tecnológicos ou por motivos econômicos que têm por fito a diminuição de postos de trabalho. Assim, é oriunda de uma razão que não está ligada a quaisquer condutas por parte dos empregados afetados e na qual não há aspiração a substituição da massa envolvida. 5-6 Dessa forma, Nelson Mannrich defende que, embora haja omissão do legislador em disciplinar as dispensas coletivas, sempre se registrou o fenômeno, envolvendo grande número de empregados dispensados por fatores vinculados à situação econômica da empresa, do setor ou da atividade em geral, assim como em decorrência de causas tecnológicas ou financeiras. Nesse contexto, a dispensa coletiva é a ruptura diferenciada do contrato de trabalho de natureza objetiva, de iniciativa patronal, decorrente de causas homogêneas que, durante um determinado período de tempo, atingem certo número de trabalhadores.7

Orlando Gomes ressalta que é possível verificar as seguintes condições para a configuração da dispensa coletiva: (i) presença de uma motivação; (ii) que tal motivação seja de ordem objetiva (do empregador); iii) em virtude de tal motivação uma gama de empregados será afetada com a resilição de seus respectivos contratos individuais de trabalho; (iv) que tal rescisão pode se dar durante um lapso de tempo ou simultaneamente; (v) que não há ou haverá interesse da empresa em trocar os empregados afetados.8 Diferentemente do que ocorre na dispensa plúrima, quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, tendo estas despedidas motivos relativos à conduta de cada empregado dispensado.

Se a dispensa coletiva de trabalhadores se dá inicialmente no plano coletivo9, relaciona-se com os chamados direitos difusos, indeterminados, pois todos os trabalhadores, já na iminência de ocorrer uma despedida em massa, sentem medo de perder o emprego, de perder o seu lugar no mundo, pondo em xeque a condição social tutelada na Carta Maior (direito ao emprego como um direito social – art. 6º, caput, da Constituição Federal de 1988).10 Provavelmente não sejam somente os tra-

[5] ZAVANELLA, Fabiano. Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva. São Paulo: LTr, 2015. p. 28.
[6] ZAVANELLA, Fabiano. Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva. São Paulo: LTr, 2015. p. 28.
[7] MANNRICH, Nelson. Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000. p. 555.
[8] GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa. Revista LTR, São Paulo, v. 38, n. 7, jul. 1974. p. 575.
[9] Na parte da obra em que trata do questionamento da dicotomia "público-privado", Rodolfo de Camargo Mancuso adverte que: "O reconhecimento da insuficiência da dicotomia "público-privado" tem por base o fato de que, na verdade, há uma interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques". MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.
[10] Foi o que aconteceu na crise da IESA, em Charqueadas/ Rio Grande do Sul. O Ministério Público do Trabalho ingressou com Ação Civil Pública para suspender as dispensas anunciadas (dispensa em massa) sem qualquer negociação coletiva prévia sob o argumento da inconstitucionalidade e da ilegalidade da postura patronal. Arguiu o Ministério Público da 4ª Região (Santa Cruz do Sul) que havia necessidade de suspensão imediata da dispensa coletiva anunciada para o dia 24 de novembro de 2014. Segundo o representante do MPT da 4ª Região que ingressou com a ação civil pública, Bernardo Mata Schuch, "importante enfatizar que a Ação Civil Pública é o locus ideal para tutelar questões como a que vem carreada neste processo, haja vista que estamos diante de direitos eminentemente difusos, cuja violação se projeta para inúmeras dimensões da coletividade. Registre-se, por derradeiro, que a questão da dispensa em massa requer reflexão acurada e sistematizada. O que o Ministério Público do Trabalho propõe é a busca de uma solução que minimize o impacto da medida

balhadores despedidos os prejudicados, mas os não despedidos também, porque poderão ser os próximos, a ameaça está no ar, a complexidade do mundo pós-moderno não pode mais garantir a certeza de nada na fluidez das relações. A efetividade de proteção ao emprego é o que está em xeque na pós-modernidade: seja nas dispensas individuais, seja nas dispensas coletivas. É a questão social do trabalho, até que ponto o trabalho recebe tutela efetiva a partir de sua análise como um direito fundamental social, no viés constitucionalizado do direito do trabalho. O importante é proteger o emprego11, já que a dispensa coletiva atinge interesses difusos, cuja tutela só começou a se implementar na terceira dimensão dos direitos fundamentais sociais12, no desafio pós-moderno de efetivação do princípio da solidariedade social. Tais interesses difusos também não se circunscrevem mais como puramente públicos ou privados.

Rodolfo de Camargo Mancuso preleciona que:

> O reconhecimento da insuficiência da dicotomia "público-privado" tem por base o fato de que, na verdade, há uma interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques.

---

brusca que acoita os trabalhadores dispensados, gerador de múltiplos efeitos nefastos. O MPT entende que o trabalhador deve ser respeitado sempre, em qualquer município ou unidade federativa do país, pois isto é o que dá azo à construção de uma sociedade igualitária, que garante o desenvolvimento nacional, que reduz a desigualdade social e regional e que, por derradeiro, promove o bem de todos, tudo conforme os fundamentos da República Federativa do Brasil". Verbas Rescisórias: Petrobras e IESA têm contas bloqueadas diante de risco de demissões. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/acp-mpt-rs-demissoes-iesa.pdf. Acesso em 18 de setembro de 2015.

[11] O desemprego é uma impureza, indesejável em qualquer contexto. Nesse sentido: "Há, porém, coisas para as quais o "lugar certo" não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada pelo homem. Elas ficam "fora do lugar" em toda a parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo de pureza tem sido destinado. O mundo dos que procuram a pureza é simplesmente pequeno demais para acomodá-las. Ele não será suficiente para muda-las para outro lugar: será preciso se livrar delas uma vez por todas – queimá-las, envenená-las, despedaçá-las, passa-las a fio de espada. Mais frequentemente, estas são coisas móveis, coisas que não se cravarão no lugar que lhes é designado, que trocam de lugar por sua livre vontade. A dificuldade com essas coisas é que elas cruzarão as fronteiras, convidadas ou não a isso. Elas controlam a sua própria localização, zombam, assim, dos esforços dos que procuram a pureza "para colocarem as coisas em seu lugar" e, afinal, revelam a incurável fraqueza e instabilidade de todas as acomodações. Baratas, moscas, aranhas ou camundongos, que em nenhum momento podem resolver partilhar um lar com os seus moradores legais (e humanos) sem pedir permissão aos donos, são por esse motivo, sempre e potencialmente, hóspedes não convidados, que não podem, desse modo, ser incorporados a qualquer imaginável esquema de pureza". [11] BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 14-15.

[12] Conforme aduz Ingo Wolfgang Sarlet: "Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema constitucional positivo brasileiro – todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou mesmo localizados em outras partes do texto constitucional, são direitos fundamentais. Aliás, a própria orientação adotada pelo STF em matéria de direitos sociais tem sido sensível, neste particular, ao reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, o que também tem sido o caso do direito ao trabalho e dos diversos direitos dos trabalhadores (como no caso emblemático do direito de greve dos servidores públicos), seja em virtude da afirmação de tal condição no caso de alguns direitos dos trabalhadores, seja pelo fato de que por ora não se encontram decisões do STF que tenham refutado a condição fundamental a algum dos direitos consagrados no Título II da CF. Aliás, justamente o já referido exemplo do direito de greve dos servidores públicos revela que o STF tem inclusive reconhecido (como fundamentais) direitos dos trabalhadores que não foram, por expressa disposição do constituinte originário, incluídos no elenco do Título II da CF...". SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coordenadores). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26-27.

> Essa constatação salta aos olhos, bastando observar que, de fato, o "coletivo", o "geral", o "público", não são noções abstratas, mas haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais nelas agrupados; de modo que um interesse é "metaindividual" quando, além de depassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social.
>
> Em outras palavras, a realidade é muito complexa e seus elementos estão constantemente interagindo, de modo que não se pode enquadrar todo esse fenômeno na polarização entre público e privado. O "temido" terceiro termo de há muito está presente na sociedade, formado de elementos que depassam esse sinônimo. Há, portanto, uma zona cinzenta entre aqueles dois polos, facilmente constatável quando refletimos sobre alguns exemplos: o direito de propriedade, em princípio, concerne ao interesse individual; mas, já há algum tempo se construiu a teoria da propriedade como função social; um sindicato operário, em princípio, protege os interesses individuais dos trabalhadores, mas, fazendo-o, tutela, também, o direito ao trabalho, que é uma liberdade pública. [13] (grifos do autor)

A extinção da estabilidade decenal tornou o emprego descartável, pela lógica da compensação financeira (regime do FGTS) em troca do posto de trabalho do antigo regime. Operou o término da estabilidade decenal e triunfo do regime do FGTS no regime celetista.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II **os direitos e garantias fundamentais,** subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam: **direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.** Portanto, direitos e garantias fundamentais trata-se de gênero, estabelecendo o legislador constituinte espécies, quais sejam, direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.[14]

Modernamente, a doutrina, dentre vários critérios, tem classificado os direitos fundamentais em geração de direitos, ressaltando que a doutrina mais atual, utiliza-se da expressão "dimensões" dos direitos fundamentais, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual entende que tais direitos são classificados como direitos fundamentais de segunda dimensão, não englobando apenas direitos de cunho positivo, mas também as liberdades sociais, a exemplo da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, etc.[15]

Conforme leciona Pedro Lenza, os direitos fundamentais classificam-se (seja em geração ou dimensão) da seguinte forma: i) Direitos Humanos de primeira geração: Dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e

[13] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 50.
[14] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.
[15] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed.rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 56.

políticos a traduzirem o valor de liberdade; ii) Direitos Humanos de segunda geração: Trata-se dos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Tais direitos foram conquistados em razão das péssimas situações e condições de trabalho, as quais eclodiram vários movimentos buscando reivindicações trabalhistas e normas de assistência social; iii) Direitos Humanos de terceira geração: Essa geração de direitos foi marcada pela profunda alteração da sociedade, em virtude de profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), principalmente nas relações econômico-sociais. Surgem, pois, novos problemas e preocupações mundiais, tais como a necessária noção de preservação ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, entre outros. Nessa dimensão de direitos, destaca-se os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, os quais englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos. [16-17]

Conforme orientação de Norberto Bobbio, os direitos humanos de quarta referem-se aos avanços no campo da engenharia genética, posto que colocam em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético, apresentando novas exigências a justificar a afirmação de uma quarta geração de direitos.[18]

Entretanto, a fim de delimitar as discussões acerca do tema, sem pretender esgotar o assunto, posto que a análise deste trabalho focar-se-á na aplicação dos direitos fundamentais às relações de trabalho e de emprego, e, consequentemente, nas profundas transformações havidas na organização do trabalho em razão da globalização, flexibilização do trabalho e avanços tecnológicos, deter-se-á apenas nos direitos de segunda e terceira geração ou dimensão, comumente utilizada pelos doutrinadores modernos.

4. A ORDEM ECONÔMICA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR

A norma constitucional inserida no artigo 170 determina que a ordem econômica deve garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo, pois, buscar um equilíbrio entre esses fundamentos, conquistando, assim, a dita justiça social, sem olvidar de um de seus princípios, qual seja a busca do pleno emprego.[19] Assim sendo, da análise da norma referida alhures, resta claro que a dignidade da pessoa do trabalhador constitui uma das finalidades principais da ordem econômica, devendo tal princípio ser informador da própria organização do trabalho. Isto porque a norma

[16] Cumpre informar que o momento histórico que inspirou e impulsionou tais direitos foi a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX, bem como a Primeira Grande Guerra, a Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha) e, sobretudo, pelo Tratado de Versalhes, de 1919, que criou a OIT – Organização Internacional do Trabalho. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 670.

[17] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31-32.

[18] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

[19] GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto. v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 293.

contida no referido dispositivo aplica-se, sobretudo, aos trabalhadores no que tange à sua dignidade inserida nas relações de trabalho.[20]

Dessa forma, condições de trabalho precárias e empregos sem perspectiva alguma de estabilidade atingem, indubitavelmente, a dignidade humana dos trabalhadores, devendo, porquanto, tal prática receber tutela jurídica, em face da violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.[21] Na dispensa coletiva, vários empregados perdem o seu emprego, ficando excluído da ordem econômica até que consiga nova ocupação. Destaque-se, por oportuno, que incorporar um valor social ao trabalho humano já faz parte da história constitucional brasileira, e, portanto, o trabalho não pode, em hipótese alguma, ser assumido friamente como mero fator produtivo, pois, trata-se, em verdade, de fonte de realização material, moral e espiritual do trabalhador.[22]

Destarte, a incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, e, em especial, nas relações de emprego, justifica-se pelo fato de que objeto da relação de emprego é o trabalho e não o trabalhador, porém, resta impossível se desmembrar tais figuras, razão pela qual o trabalhador detém a proteção dos direitos fundamentais como cidadão e, sobretudo, como trabalhador.[23] Nasce daí, portanto, o dever do empregador de respeitar os direitos fundamentais do empregado, tratando-o de forma digna, eis que é sujeito do contrato e também sujeito das garantias fundamentais, principalmente, no que tange à sua dignidade como pessoa.

Nesse sentido, é cristalina a inserção dos direitos fundamentais especialmente nas relações de emprego, uma vez que, além da natureza dessa relação jurídica ensejar tal penetração, há evidentemente uma necessidade de se propiciar autonomia às pessoas submetidas a um "poder privado" e de se assegurar um mínimo de dignidade para a parte hipossuficiente da relação, qual seja o trabalhador.[24]

É importante ressaltar, por oportuno, que, em se tratando de Direito do Trabalho, viga mestra deste estudo, mesmo antes da Carta Magna de 1988, desde a criação das primeiras normas trabalhistas nas Constituições Pátrias e com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, o Estado já se ocupava da tarefa de intervir nas relações individuais e coletivas de trabalho, visando à proteção necessária ao trabalhador.[25] Não é diferente no caso da proteção dos direitos trabalhistas dos trabalhadores da Fundação Zoobotânica do Estado do Rio Grande do Sul em caso de dispensas coletivas sem a negociação coletiva. Aceitar plenamente a conduta do Estado, o qual deveria ser provedor e implementador de políticas públicas visando à melhora da sociedade, é concordar com direta violação de um dos fundamentos da república federativa brasileira, qual seja, a o valor social do trabalho, expresso no arti-

[20] FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio moral nas relações de trabalho. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 93.
[21] FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. Assédio moral nas relações de trabalho. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004, p. 93-96.
[22] SILVA NETO, Manoel Jorge. Direitos fundamentais e o contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2005. p. 24.
[23] GOES, Mauricio de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomina nos contratos de emprego. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 96.
[24] GOES, Mauricio de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 99.
[25] GOES, Mauricio de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 107.

go 1º, IV da Carta Magna. Passar-se-á, no próximo tópico, à vinculação do direito empresarial ao direito do trabalho.

5. VINCULAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO COM O DIREITO EMPRESARIAL

Reza o art. 2º caput da CLT que se considera "empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". A CLT, ao vincular o empregador à empresa individual ou coletiva, optou por proteger o empregado e despersonalizar o empregador. Nesse sentido, o empregador pode ser empresa individual (pessoa física), ou empresa coletiva (sociedade empresarial, pessoa jurídica). Desse modo, como a atividade empresarial é complexa, e tendo em vista a separação entre o patrimônio pessoal e o patrimônio social, geralmente acaba prevalecendo a sociedade empresarial como empregadora. Ao mesmo tempo em que é uma sociedade empresarial, é uma empregadora. Mas quem é o empregador é a pessoa jurídica, e não os seus sócios.

O art. 966 do Código Civil, por seu turno, enfatiza que se considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Mais uma vez, percebe-se clara interligação entre o Direito do Trabalho e o Direito Empresarial. Do conceito acima fixado, aplicado o art. 966 do Código Civil subsidiariamente, por força do art. 8º, parágrafo único da CLT, que afirma ser o Direito Comum (civil e empresarial, neste caso, porque dentro este último daquele) fonte subsidiária do Direito do Trabalho, destaca-se em primeiro lugar o profissionalismo. Nesta senda, o empresário faz da atividade empresarial o seu ganha-pão, sua fonte de subsistência. Nesta medida, existe habitualidade no exercício da atividade empresarial. Ex: uma pessoa que vende seu próprio carro é diferente de um "picareta" de carros, que tem habitualidade e lucro, pois vive disso – portanto, é um profissional. O empregado também tem a habitualidade como uma característica sua: a não-eventualidade na prestação dos serviços. Além disso, quando a CLT faz referência ao empregador como empresa individual, faz referência ao empregador pessoa física (pessoa natural). Já quando faz vinculação do empregador como empresa coletiva, refere-se ao empregador como pessoa jurídica.

A empresa tem caráter econômico, pois a atividade empresarial visa ao lucro, tem caráter especulativo. Pode ser que não tenha lucro, mas nem por isso deixa de ser uma empresa. Pode também entrar em falência, quando o passivo (débitos) for maior que o ativo (créditos). Mais uma vinculação do Direito do Trabalho com o Direito Empresarial. A empresa tem que ser organizada, pois em um sistema capitalista, seguindo a doutrina comercialista de Fábio Ulhôa Coelho, são 4 (quatro) os fatores de produção. O primeiro é o capital - o dinheiro para investir no negócio. Pode ser próprio ou de terceiros (instituições financeiras, parentes, etc).

O segundo fator corresponde à mão de obra. A atividade empresarial é complexa, e por isso o empresário precisará do auxílio de empregados. A empresa é fonte de empregos, e isso é mais uma vinculação com o Direito do Trabalho. Nesse ponto, a dispensa coletiva de empregados de uma empresa interessa ao presente estudo não somente no que diz respeito à proteção ao emprego pelo direito coletivo do trabalho,

mas também porque atinge direitos difusos e, com isso, o encerramento de inúmeros postos de trabalho com inúmeras rescisões contratuais, atingindo os familiares dos dispensados, os comerciantes de toda a região, pois sem emprego as pessoas perdem o seu poder de consumo, causando retração econômica de toda uma região. As dispensas em massa geram prejuízos a toda a coletividade, atingindo a terceira dimensão de direitos fundamentais, especialmente no que tange aos interesses difusos atingidos, pois não se consegue precisar com exata precisão todos os prejudicados com a perda de inúmeros postos de trabalho (empregados dispensados, familiares desses empregados, comércio local, economia de toda uma região e até mesmo do país).

Na empresa pode-se utilizar insumos - é a matéria prima utilizada pelo empresário/ empregador, em sua atividade empresarial de produção e/ou circulação de bens e de serviços. Como exemplo tem-se o dinheiro para os bancos. E por fim, como quarto e último fator de produção, tem-se a tecnologia - na atividade empresarial, o empresário deve ter conhecimento (*know-how*) para acelerar a sua produção e aumentar a sua lucratividade. A atividade é complexa e precisa de produção. Nesse sentido, são necessárias máquinas modernas e tecnologia de ponta. Ainda, é necessário referir que as vinculações não terminam por aqui. A falência, por exemplo, que é matéria de Direito Empresarial, tem a ver com o Direito do Trabalho. Nesse sentido, quando a empresa entra em falência, ela será administrada por uma massa falida, através de um síndico. Os créditos trabalhistas vão ter que ser pagos em primeiro lugar, porque são créditos preferenciais, até o valor de 150 salários mínimos.

No que diz respeito à circulação de bens e de serviços, a circulação de bens é a intermediação na troca, com o intuito de lucro. Dessa forma, representa o comércio em seu sentido originário. O exemplo aqui seria o de uma loja que faz intermediação na troca entre o produtor e o consumidor. O comerciante compra para revender. E com isso obtém lucro para sobreviver e manter o negócio. Já a circulação de serviços pode ser exemplificada através de uma agência de turismo. Não produz nem bens, nem serviços, apenas faz circular os serviços já existentes, muitas vezes na forma de um pacote turístico (um pacote de viagem: reserva de hotéis, passagens de aviões, passeios turísticos locais, etc). A produção de serviços origina serviços novos, como acontece nas instituições A produção de bens pode ser exemplificada através de uma montadora de veículos, que origina um bem novo, durável (origina algo novo, ao contrário do que acontece na circulação de bens). bancárias, seu exemplo típico. Assim, a diferença entre a produção e a circulação é a seguinte: a produção origina um produto ou serviço novo, ao passo que na circulação não há produto ou serviço novo, apenas intermediação. O novo conceito de empresário engloba o antigo conceito de comerciante, assim como a teoria da empresa italiana, de 1946. Apesar de estar situado dentro do Código Civil, é matéria é de Direito Empresarial.

6. A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS LATO SENSU): DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS E IMPORTÂNCIA PARA AS REFLEXÕES ACERCA DA DISPENSA EM MASSA

Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão, também chamados direitos coletivos lato sensu, abrangem três espécies, que são: direitos difusos, cole-

tivos stricto sensu e individuais homogêneos. [26] Esses direitos têm como propósito a proteção de pessoas indeterminadas, bem como de pessoas identificáveis que possuem uma causa em comum.

No Brasil, as três espécies estão previstas no Código de Defesa do Consumidor. Assim, os direitos difusos são tidos como transindividuais e indivisíveis, que pertencem a pessoas indeterminadas com o mesmo interesse devido a circunstâncias de um fato comum, de acordo com o art. 81, inciso I do referido diploma.[27] Já os coletivos *stricto sensu* são pertinentes aos direitos transindividuais e indivisíveis, pertencendo a pessoas de determinado grupo, determinada categoria ou classe, tendo previsão legal no inciso II do parágrafo único do art. 81 do *codex* salientado. E, por sua vez, os individuais homogêneos são aqueles direitos que têm uma origem comum cujos detentores são identificáveis, como se depreende do inciso III do parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.[28] (grifos do autor)

É preciso não confundir a defesa de direitos coletivos com a defesa coletiva de direitos (individuais). Assim sendo, os direitos coletivos são aqueles direitos subjetivamente transindividuais (isto é, sem titular determinado) e são, por essa simples defesa, materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos permitem sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. Nessa senda, o "direito coletivo" representa a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: tanto o difuso como o coletivo *stricto sensu*. Configura a denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, atualmente indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. Consiste em direito que não compete à administração pública e nem a indivíduos particularmente determinados. Concerne, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu significado amplo.[29]

Os direitos ou interesses coletivos (lato sensu) e direitos ou interesses individuais homogêneos constituem, assim, categorias de direitos ontologicamente diferenciadas. É o que se depreende de sua conceituação na Lei nº 8.078/90, art. 81, parágrafo único. Consoante a definição dada pelo legislador, são interesses e direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I da Lei nº 8.078, de 1990). Os interesses e direitos coletivos são aqueles transindividuais de na-

[26] ECA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Iannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; ECA, Vitor Salino de Moura (Coord.). Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.

[27] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interessse difusos: conceito e legitimação para agir. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

[28] ECA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Iannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; ECA, Vitor Salino de Moura (Coord.). Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.

[29] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34.

tureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base (inciso II). São direitos individuais homogêneos os decorrentes de origem comum (inciso III): direitos derivados do mesmo fundamento de fato ou de direito ou que tenham, entre si, relação de afinidade por um ponto comum de fato ou de direito.

Os direitos difusos, no que tange ao aspecto subjetivo, são transindividuais, com indeterminação absoluta dos titulares, o que significa dizer que tais direitos não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de uma mera circunstância de fato, como por exemplo, morar na mesma região. Sob o aspecto objetivo são indivisíveis, o que equivale a afirmar que não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares. Como exemplo, pode-se citar o direito ao meio ambiente sadio (art. 225 da Constituição Federal de 1988).[30] (grifos do autor)

Aduz Rodrigo Coimbra que:

> Na classe difusa, os objetos do direito podem ser: o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; a moralidade administrativa; o meio ambiente; o patrimônio histórico e cultural; as relações de consumo; as relações de trabalho; bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; a ordem econômica; a ordem urbanística, entre outros.[31]

Os direitos coletivos, no que tange ao aspecto subjetivo, são transindividuais, com determinação relativa dos titulares, o que significa dizer que tais direitos não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares coletivos decorre de uma relação jurídica-base, como por exemplo, o Estatuto da OAB. Sob o aspecto objetivo são indivisíveis, o que equivale a afirmar que não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares, razão pela qual estão ao lado dos direitos difusos (por isso a expressão "direitos difusos e coletivos"). Como exemplo, pode-se citar o direito de classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (art. 94 da Constituição Federal de 1988).

Em decorrência de sua natureza, os direitos difusos são insuscetíveis de apropriação individual, são insuscetíveis de transmissão, seja por ato inter vivos, seja mortis causas. Não podem ser renunciados ou transacionados. Em relação à sua defesa em juízo, essa se efetiva através de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na Lei. E, por fim, a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com absoluta informalidade jurídica, pois basta que haja alteração nas circunstâncias de fato.[32]

[30] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 36-37.
[31] COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos Direitos e Deveres Trabalhistas com Objeto Difuso a Partir da Constituição e da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais. Direitos Fundamentais & Justiça. Porto Alegre: HS Editora, ano n. 8, n. 28, p. 104, Julho/Setembro de 2014.
[32] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

Como aduz Vincenzo Vigoriti [33]:

> Uma organização ainda deve existir para que se possa falar de "coletivo", no sentido de relação de interesses estabelecidos para a realização do fim comum. Este é o elemento essencial que distingue os interesses coletivos daqueles difusos. Reconhecendo também a implementação de algumas indicações esparsas na doutrina, parece-me que a expressão interesse difuso deva ser utilizada em referência a um estágio ainda fluido do processo de agregação de interesses e deve, portanto, ser reservada para aqueles posições de vantagem reconhecidas oferecidas aos particulares pelo ordenamento, de igual conteúdo e direito também dirigidas para o mesmo fim (o mesmo bem jurídico), e, portanto, não organizado, e, também, não vinculadas por restrições que podem torná-los a perder relevância jurídica, como posição individual, para deixá-los ser elementos significativos de um interesse mais amplo.

Por outro lado, em decorrência de sua natureza, os direitos coletivos são insuscetíveis de apropriação individual, são insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causas.* Não podem ser renunciados ou transacionados. Em relação à sua defesa em juízo, essa se efetiva através de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar, nem assumir ônus probatório não fixado na Lei. E, por fim, a mutação dos titulares ativos coletivos da relação de direito material se dá com relativa informalidade jurídica, pois basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base.[34]

No tocante aos interesses que, por natureza, são difusos, há um elemento que é complicador, que se deve ao fato de que eles não comportam aglutinação em grupos sociais definidos *a priori*. Essa indeterminação dos sujeitos deriva, em grande parte, do fato de que não existe um vínculo jurídico coalizador dos sujeitos atingidos por esses interesses: em verdade, eles se reúnem ou se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por compartilharem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza. [35] Por exemplo, quando se refere aos interesses difusos dos usuários de automóveis, abarca-se uma indefinida massa de indivíduos das mais variadas situações, esparsos ou espalhados por todo o País, sem qualquer especial característica

[33] "Un´organizzazione comunque deve esistere perché possa parlarsi di "collettivo", nel senso di relazione di interessi stabilita per il raggiungimento del fine comune. Questo è l´elemento essenziale che distingue gli interessi collettivi da quelli diffusi. Recependo anche alcune indicazioni sparse in dottrina, mi pare che la locuzione interessi diffusi vada usata in riferimento ad uno stadio ancora fluido del processo di aggregazione degli interessi e vada pertanto riservata a quelle posizione di vantaggio riconosciute ai singoli dall´ordinamento, di iguale contenuto e dirette anche verso il medesimo fine (medesimo bene giuridico), epperò non organizzate, e quindi non legate da vincoli capaci di far loro perdere rilevanza giuridica, como posizione individuali, per far loro assumere rilievo como elementi di un interesse più vasto". VIGORITI, Vincenzo. Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979. p. 39-40.

[34] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 37.

[35] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interessse difusos: conceito e legitimação para agir. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 99.

jurídica homogênea, pois apenas praticaram, aos milhares ou milhões, um mesmo ato jurídico instantâneo: a compra de um veículo. [36]

É importante a observação de Teori Albino Zavaski, que ressalta que:

> Nem sempre são perceptíveis com clareza as diferenças entre os direitos difusos e os direitos coletivos, ambos transindividuais e indivisíveis, o que, do ponto de vista processual, não tem maiores consequências, já que, pertencendo ambos ao gênero de direitos transindividuais, são tutelados judicialmente pelos mesmos instrumentos processuais. Pode-se, pois, sem comprometer a clareza, identifica-los em conjunto, pela sua denominação genérica de direitos coletivos ou de direitos transindividuais. No entanto, os direitos individuais, não obstante homogêneos, são direitos subjetivos individuais. Peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível a existência de direitos individuais transindividuais. Entre esses e os direitos coletivos, portanto, as diferenças são mais acentuadas e a sua identificação, consequentemente, é mais perceptível.[37]

Como observa Rodrigo Coimbra, nas relações de trabalho[38], ainda que o Direito Coletivo do Trabalho contemple os exemplos talvez mais típicos de direito coletivo *stricto sensu* – de que seja titular categoria ou grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, que, no caso, geralmente é o contrato de emprego –, existem também significativos direitos com objeto difuso. Assim, apresentam-se alguns casos envolvendo direitos com objeto difuso provenientes das relações de trabalho: a) greve em serviços ou atividades considerados essenciais, em que as atividades inadiáveis da comunidade não foram cumpridas pelos sujeitos da relação de trabalho – empregados e empregadores, causando prejuízos à coletividade (pessoas indeterminadas, não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato); b) tutela inibitória (obrigação de não fazer) com relação a uma empresa que exige dos inúmeros e indeterminados candidatos a emprego (portanto, antes de haver vínculo jurídico) certidão negativa da Justiça do Trabalho sobre a inexistência do ajuizamento de eventual ação trabalhista (novamente tem-se o caso de pessoas indeterminadas- qualquer sujeito que potencialmente fosse fazer tal entrevista seria lesado – indeterminação absoluta dos titulares); c) discriminação na seleção para vaga de emprego (portanto, antes de haver vínculo jurídico de emprego), atingindo pessoas indeterminadas, como em relação a

[36] Assim: "Diversa é a situação com relação aos interesses difusos. Aqui, além da contraposição clássica indivíduo X autoridade, há um conflito de interesses de caráter meta-individual: o interesse à contenção dos custos de produção e dos preços contrapõe-se ao interesse à criação de novos postos de trabalho, à duração dos bens colocados no comércio etc. O interesse à preservação das belezas naturais contrapõe-se ao interesse da indústria edilícia, ou à destinação de áreas verdes a outras finalidades; o interesse ao transporte automobilístico não poluente e barato contrapõe-se ao interesse por um determinado tipo de combustível; o interesse à informação correta e completa contrapõe-se ao interesse político em manter um mínimo de controle sobre os meios de comunicação em massa". GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Benjamin, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda e Vigoriti, Vincenzo (Organizadores). Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

[37] ZAVASKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

[38] O objetivo fundamental de um Estado Democrático de Direito deve ser o de garantir a todos os homens o direito de trabalhar e de viver com dignidade. A atuação das pessoas e da sociedade diante da ordem econômica contemporânea deve pautar-se, sempre, por dar ênfase ao valor social do trabalho. Afinal, somente através do trabalho é que se promoverá a diminuição das desigualdades regionais e sociais pela inclusão dos menos favorecidos. ROESLER, Átila da Rold. Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 95.

negros ou portadores de deficiências físicas, mulheres grávidas, idosos, índios, estrangeiros, menores, ou a prática de qualquer outro tipo de discriminação vedada pela Constituição Federal, inclusive portadores de HIV ou outra enfermidade grave que suscite discriminação. Outro exemplo de direitos com objeto difuso na área trabalhista é a situação de redução análoga à condição de escravo, com atuação dos Auditores Fiscais do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e de Juízes do Trabalho. [39]

Conforme Marcos Neves Fava, desnecessário é avaliar a impossibilidade de defesa individual dos interesses desses trabalhadores, semicidadãos, isolados, desamparados e combalidos pela submissão escravocrata. As hipóteses de violação encetam direitos difusos – resumidos pela proteção da ordem jurídica justa – e individuais homogêneos – consistentes nos créditos individuais dos trabalhadores, para quitação de salário, descanso remunerado, adicionais de pagamento por trabalho insalubre ou perigoso, entre outros direitos.[40] A questão do meio ambiente do trabalho comportaria também dupla dimensão de interesses, tal qual ocorre com a questão acima aludida no que tange ao trabalho escravo:

> A proteção ao meio ambiente em geral constitui-se em interesse difuso, compartilhado, indeterminadamente, por toda a comunidade que do referido ambiente se serve; a degradação do ambiente de trabalho prejudica, de forma direta e definitiva, os trabalhadores que no local militam e, ainda mesmos danos podem ser identificados individualmente, segundo as sequelas mais ou menos graves que provoquem. Na primeira hipótese, haverá proteção do interesse difuso por meio de ação civil pública – *retius*, ação coletiva – para impedir ou reparar a ação danosa, com cobrança de indenização revertida ao fundo de que trata o art. 13 da LAC; na segunda hipótese, por meio da mesma ação ou do mandado de segurança coletivo, alcançar-se-á a tutela de interesse coletivo em sentido estrito, beneficiando-se, com a atuação jurisdicional, a coletividade dos membros daquela categoria; e, por fim, através de ação coletiva para proteção de interesses homogêneos, os que têm natureza comum, porque decorrentes da degradação do meio ambiente do trabalho, arquitetará a reparação do dano individual (ação civil coletiva, nos termos da Lei Complementar n. 75/93).[41]

Desse modo, para a efetivação dos direitos fundamentais de terceira dimensão foi criado um sistema de jurisdição civil denominado de microssistema de tutela dos direitos ou interesses coletivos. Tal sistema é formado pela integração sistemática da Constituição Federal de 1988, da Lei da Ação Popular, da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor e de forma subsidiaria do Código de Processo Civil. Na seara trabalhista deve-se acrescentar a todos esses diplomas legais a Lei Orgânica

[39] COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos Direitos e Deveres Trabalhistas com Objeto Difuso a Partir da Constituição e da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais. Direitos Fundamentais & Justiça. Porto Alegre: HS Editora, ano n. 8, n. 28, p. 106, Julho/Setembro de 2014.
[40] FAVA, Marcos Neves. Ação Civil Pública Trabalhista. São Paulo: LTr, 2005. p. 104.
[41] FAVA, Marcos Neves. Ação Civil Pública Trabalhista. São Paulo: LTr, 2005. p. 109.

do Ministério Público da União e a Consolidação das Leis do Trabalho, denominada essa junção como sistema de jurisdição trabalhista metaindividual.[42]

O poder constituinte originário, com o fito de tornar dinâmica a atividade jurisdicional, institucionalizou atividades profissionais (tanto públicas como privadas), conferindo-lhes o *status* de funções essenciais à justiça, estabelecendo regras, no que tange à instituição do Ministério Público, definidas nos artigos 127 a 130 da Constituição Federal de 1988.[43]

Com fulcro no art. 127, *caput,* da Carta Magna de 1988, define-se que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis dos cidadãos. Além disso, dita instituição vem ocupando lugar cada vez mais de destaque na organização do Estado, haja vista o alargamento de suas funções de proteção dos direitos indisponíveis e de interesses coletivos. Nessa esteira de entendimento, considerando que o Ministério Público da União compreende, entre outros, o Ministério Público do Trabalho, torna-se imperioso analisar suas atribuições e prerrogativas, precipuamente na defesa dos direitos difusos e coletivos. Com isso, pretende-se realçar que é defensável que o MPT atue frente às dispensas coletivas, posto que estas atingem direitos difusos, de titularidade indeterminada.

Faz-se, assim, importante salientar que a organização e as atribuições do Ministério Público do Trabalho estão disciplinadas na Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, em seus artigos 83 a 115, a qual define como chefe da instituição o Procurador-Geral do Trabalho, com a função de representá-la, entre outras atribuições elencadas no artigo 91 da referida lei.[44] Ademais, impõe informar que o Ministério Público da União tem como princípios institucionais a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, este último, inclusive, tem relevância nas ações propostas pela instituição em defesa dos interesses difusos e coletivos do cidadão, em especial, dos trabalhadores. Evidencia-se, portanto, que uma das atribuições do Ministério Público do Trabalho é justamente perseguir modelos de relações de trabalho que valorize a dignidade da pessoa humana, relação essa que indubitavelmente não se compatibiliza com as relações de trabalho que incentivam ou não previnam a dispensa em massa.

A lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, a qual disciplina a ação civil pública, é taxativa ao dispor em seu artigo 1º que "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: "[…] IV – qualquer outro interesse difuso e coletivo"; bem como a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, dispõe, em seu artigo 83, que

> compete ao Ministério Público do Trabalho no exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

[42] ECA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Iannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; ECA, Vitor Salino de Moura (Coord.). Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 2014. p. 31.

[43] LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 601.

[44] BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 10 de maio de 2016.

> […]
>
> III- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais garantidos constitucionalmente.[45]

Afasta-se, portanto, qualquer divergência acerca da legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses coletivos violados nos casos de dispensa coletiva. A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), enuncia em seu artigo 81, parágrafo único que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de

> […] I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.[46]

Assim sendo, evidenciada a esfera extrapatrimonial da coletividade, possuindo natureza de interesse difuso, resta claro a legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho na defesa de tais interesses, através da Ação Civil Pública, no plano judicial, ou através do Termo de Ajustamento de Conduta, no plano extrajudicial. Este último, com imposição de multa diária para tentar garantir a sua efetividade.

7. A Previsão de Dispensas Coletivas na Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul – Julgamento de Ação Coletiva e Mandado de Segurança

De acordo com o relatório de sentença publicada no dia 23/05/2017 pela 18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS, o Sindicato dos Empregados em Empresas de Assessoramentos, Perícias, Informações e Pesquisas e de Fundações Estaduais do Rio Grande do Sul - SEMAPI ajuíza reclamatória trabalhista com pedido urgente de liminar de suspensão de qualquer demissão sem prévia negociação coletiva, o que é deferido de imediato pela Juíza Valdete Souto Severo contra **Fundação Zoobotânica do Rio Grande** em 05-01-2017. Tal fato decorre de a Assembleia Legislativa do Estado estar em vias de aprovar o Projeto de Lei n.º 246/2016, no qual previstas a extinção de fundações estaduais, dentre elas a reclamada, e a demissão dos respectivos empregados, sem referência alguma à necessidade de negociação coletiva.[47] A liminar de primeira instância foi deferida com os seguintes fundamentos:

> Visto em gabinete. O Sindicato autor prova a urgência da medida que pleiteia, pois se refere ao projeto de lei 246/2016, aprovado pela Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul em 20/12/2016, e que depende apenas de ser sancionado pelo Governador José Ivo Sartori, o que quase certamente ocorrerá, sem quaisquer vetos, pois foi ele o autor e responsável pelo seu encaminhamento para a câmara. Esse projeto determina a rescisão unilateral de todos os contratos de trabalho firmados pela demandada, no prazo de 180

[45] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao processo do trabalho. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 422.
[46] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao processo do trabalho. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 425.
[47] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=%2BVX3B6uOv0nfN5%2F5oMAv%2Bw%3D%3D&p_idpje=j5mvQWvT1Xg%3D&p_num=j5mvQWvT1Xg%3D&p_npag=x. Acesso em 13 mar 2018.

dias. Trata-se, aliás, de fato público e notório, amplamente divulgado pelos meios de comunicação do Estado. Convém sinalar, como já dito pelo E. TRT da Quarta Região, nos autos da ação cautelar proposta no processo RTOrd 0021497-24.2016.5.04.0018, que "os requisitos de concessão da liminar pretendida também se encontram atendidos pela possibilidade concreta da dispensa se operar nos próximos dias. No particular, registre-se que o Secretário Geral do Governo, Sr. Carlos Burigo, afirmou publicamente que a dispensa em massa é imperiosa para evitar que os trabalhadores obtenham judicialmente sua reintegração perante a Justiça do Trabalho (vide reportagem publicada no Jornal Zero Hora no dia 22/12/2016)". Por sua vez, há efetivamente entendimento firmado pelo E. TST, no dissídio coletivo proposto em razão da despedida de mais de 4.200 empregados pela EMBRAER (Processo RODC 30900-12.2009.5.15.0000), na qual é estabelecida a necessidade de prévia negociação com o Sindicato da categoria, antes da promoção de despedidas coletivas. O fundamento para essa compreensão encontra-se na impossibilidade de despedida arbitrária, estabelecida pelo art. 7, I, da Constituição, que no particular é de ser compreendida a partir do conceito já há muito fixado no artigo 165 da CLT. Do mesmo modo, encontra-se na aplicação do art. 8 da CLT, que expressamente determina o uso do direito comparado e dos tratados internacionais como fontes formais do direito. Aí é que entra a possibilidade, chancelada pelo TST na decisão referida na inicial, de aplicação da Convenção 158 da OIT, nada obstante a discussão que ainda pende sobre a licitude de sua denúncia pelo Brasil, em 1996. de norma internacional que versa sobre direitos humanos (nos moldes do parágrafo segundo do artigo 5, da Constituição) e que dispõe como indispensável a prévia negociação com o sindicato, além de outras medidas, todas tendentes a evitar o prejuízo social grave que decorre de uma despedida coletiva e, na medida do possível, preservar os postos de trabalho. Há, portanto, verossimilhança nas alegações do Sindicato, ou probabilidade do direito, se quisermos usar o termo eleito pelo atual CPC. No caso vertente, tratando-se de processo trabalhista, o fundamento para a concessão da medida liminar está, também, no art. 765 da CLT, que impõe ao juiz um dever de conduzir o processo de modo a torná-lo efetivo, dando-lhes, para isso, amplos poderes de atuação. Diante de todos esses elementos, acolho o pedido liminar formulado pelo Sindicato autor, para o efeito de determinar que a demandada se abstenha de promover a dispensa dos empregados que integram a categoria profissional aqui representada, até que se conclua processo de negociação coletiva, nos moldes postulados na inicial, sob pena de multa diária, de R$10.000,00 por dia de descumprimento, em relação a cada empregado dispensado. DETERMINO, ainda, que a demandada se abstenha da prática de qualquer ato tendente a esvaziar as atividades da fundação, sob pena de multa de R$ 50.000,00. As penalidades serão cobradas diretamente do Estado do RS, caso haja "extinção do CNPJ" da demandada, como refere a matéria jornalística reproduzida na inicial e trazida aos autos. Intime-se a demandada, em regime de plantão, face à urgência da medida. Cumprido o mandado, à apreciação do juízo competente. PORTO ALEGRE, 5 de Janeiro de 2017 VALDETE SOUTO SEVERO Juiz Plantonista.[48]

[48] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponivel em: https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=ZI6dIRfDIYnfN5%2F5oMAv%2Bw%3D%3D&p_idpje=j5mvQWvT1Xg%3D&p_num=j5mvQWvT1Xg%3D&p_npag=x. Acesso em 13 mar 2018.

Verifica-se por todo texto acima descrito, que o sistema jurídico brasileiro entende ser inviável a prática da demissão em massa, sem prévia negociação coletiva e a adoção de medidas capazes de mitigar o impacto. Acenam nesse sentido o conjunto normativo dos artigos 1.º, incisos III e IV, 7.º, inciso I, e 170, incisos III e VIII, da Constituição da República, bem como o artigo 421 do Código Civil. Quando deferida a medida liminar em primeira instância, a reclamada impetra Mandado de Segurança no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª, também solicitando em caráter liminar a cassação da decisão interlocutória de suspensão das demissões sem prévia negociação coletiva, que obteve o seguinte resultado:

> PROCESSO nº 0020008-69.2017.5.04.0000 (MS) IMPETRANTE: FUNDACAO ZOOBOTANICA DO RIO GRANDE DO SUL AUTORIDADE COATORA: JUÍZO DA 18ª VARA DO TRABALHO DE PORTO ALEGRE RELATOR: MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO.
>
> **EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DISPENSA EM MASSA. EXTINÇÃO DE ENTIDADE. OBRIGATORIEDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA.** A extinção de fundação pública estadual não supera a necessidade da negociação coletiva, considerando que os servidores podem ser alocados em outros setores da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Não há violação de direito líquido e certo na decisão que determina a abstenção de promoção de dispensa de empregados até que se conclua processo de negociação coletiva com o respectivo sindicato. Mostrando-se incontroverso que o procedimento patronal foi deflagrado sem o estabelecimento de qualquer tentativa de diálogo entre o Poder Público e a entidade sindical na busca de melhor equacionar o problema. Segurança denegada.[49]

Na sequência, dia 23 de maio de 2017, é publicada a sentença dando total procedência ao pedido do Sindicato autor, confirmando a liminar deferida no ato de distribuição do processo. A decisão foi atacada por Recurso Ordinário pela reclamada, o qual ainda resta pendente de julgamento no Tribunal Regional. Há noticias de negociação coletiva já em andamento entre as partes que compõem a lide. Verifica-se que mesmo diante de iniciativas arbitrárias e tentativas de mudar o entendimento consolidado no judiciário, especialmente em tempos de mudanças legislativas que vão ao encontro do agir do Estado no presente caso, a justiça do Trabalho ainda preserva a diretriz mundial de exigência das negociações coletivas quando se trata de uma demissão em massa.

Importante referir ainda, que o ato coibido pelo judiciário, partiu de um ente estatal, o Estado do Rio Grande do Sul, por iniciativa do chefe do Poder Executivo. Entende-se que há um contradição com os objetivos federativos, pois deveria prezar

[49] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: https://www.trt4.jus.br/search?q=cache:8zFdx5nZ0r4J:ibintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D11605945%26v%3D23211890+mandado+de+seguran%C3%A7a.+dispensa+em+massa.+extin%C3%A7%C3%A3o+de+entidade+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2017-03-13..2018-03-13++&client=jurisprudencia&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 13 mar 2018.

pela valorização social do trabalho viabilizando políticas públicas no sentido de alcançar o pleno emprego. É fundamento da República Federativa brasileira.

8. CONCLUSÃO

Pela presente análise, verifica-se que as dispensas coletivas (em massa) precisam ser enxergadas pela ótica de ofensa aos direitos difusos, pois não atingem tão-somente os trabalhadores dispensados (no caso em tela, os servidores da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul), mas toda a coletividade. É preciso que os sindicatos tenham maior e melhor forma de atuação, através da Ação Coletiva, na defesa dos interesses difusos, como o fez o SEMAPI. E o Ministério Público do Trabalho também pode e deve utilizar-se de Ação Civil Pública na defesa dos direitos difusos atingidos nas dispensas em massa. Ainda mais no caso dos servidores públicos que adentram em sua atividade através de um Concurso Público, ato que lhes concede estabilidade no cargo. Também importante um agir do *parquet*, ante o fato específico da infração legal estar sendo praticada exatamente pelo Poder Público, o qual tem o dever de ser mantenedor da Ordem Social e Econômica, expressamente descrito no artigo 170, III e VIII da Constituição Federal, cujo primado é a valorização do trabalho humano. Imperioso preservar no presente caso, bem como em todos que envolvem dispensas coletivas, o Princípio Mundial da Dignidade da Pessoa Humana. Dever Universal!

Verifica-se ainda a inconstitucionalidade dos atos do Estado do Rio Grande do Sul, por violação de um dos mais significativos objetivos da República Federativa Brasileira, insculpido no artigo 3º, I da Carta Maior, ou seja, a construção de uma sociedade livre e solidária, como precedente da tão almejada Justiça Social, substrato da Ordem Econômica. O Estado tem o dever de reduzir desigualdades sociais viabilizando o pleno emprego e a existência digna, não fazendo o contrário como no caso apontado acima.

A reforma trabalhista brasileira, em vigor a partir de 11 de novembro de 2017, autoriza, no seu art. 477-A, as dispensas coletivas sem necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação. É um grande retrocesso social no que tange aos direitos fundamentais sociais de todos e quaisquer trabalhadores brasileiros.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama e de Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em 10 de maio de 2016.

BRASIL. **Paralisação continua contra demissões no Santander.** Disponível em: http://www.spbancarios.com.br/Noticias.aspx?id=3327. Acesso em 05 de maio de 2016.

BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Disponivel em: https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=ZI6dJRf

DJYnfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=j5mvQWvT1Xg%3D&p_num=j5mvQWvT1Xg%3D&p_npag=x. Acesso em 13 mar 2018.

BRASIL, **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.** Disponivel em: https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=ZI6dJRfDJYnfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=j5mvQWvT1Xg%3D&p_num=j5mvQWvT1Xg%3D&p_npag=x. Acesso em 13 mar 2018.

BRASIL. **TST não reconhece demissão em massa em caso de trabalhadores dispensados pelo Banco Santander na Paraíba.** Disponível em: http://www.tst.jus.br/es/noticias-teste/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-nao-reconhece-demissao-em-massa-em-caso-de-trabalhadores-dispensados-pelo-banco-santander-na-paraiba/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print. Acesso em 15 de maio de 2016.

BRASIL. **TST.** PROCESSO Nº TST-RO-60900-44.2012.5.13.0000. Disponível em: http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do. Acesso em: 28 de maio de 2016.

COIMBRA, Rodrigo. Efetivação dos Direitos e Deveres Trabalhistas com Objeto Difuso a Partir da Constituição e da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Porto Alegre: HS Editora, ano n. 8, n. 28, p. 100-124, Julho/Setembro de 2014.

EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super) proteção na dispensa coletiva. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique; EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.). **Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva dos Direitos Humanos.** São Paulo: LTr, 2014.

FAVA, Marcos Neves. **Ação Civil Pública Trabalhista.** São Paulo: LTr, 2005.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho.** 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004.

GALIA, Rodrigo Wasem. Função social da empresa e pleno emprego: uma análise hermenêutica na busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito da Faculdade Dom Alberto.** v. 1, n. 1 (out. 2010). Santa Cruz do Sul: Faculdade Dom Alberto, 2010. p. 292.

GOES, Mauricio de Carvalho. **A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomina nos contratos de emprego.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa. **Revista LTR**, São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-579, jul. 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Benjamin, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda e Vigoriti, Vincenzo (Organizadores). **Processo Coletivo:** do surgimento à atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 39-60.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo:Saraiva, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo**. Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MANNRICH, Nelson. **Dispensa coletiva:** da liberdade contratual à responsabilidade social. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. Ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao processo do trabalho**. 3. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho.** São Paulo: LTr, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed.rev. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (coordenadores). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional:** estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15-74.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

VIGORITI, Vincenzo. ***Interessi collettivi e processo:*** la legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

ZAVANELLA, Fabiano. **Dos direitos fundamentais na dispensa coletiva.** São Paulo: LTr, 2015.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. rev., atual. e ampl. 3. Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O RACISMO E A QUESTÃO RACIAL NAS INTERPRETAÇÕES DO BRASIL

André Filipe Pereira Reid dos Santos[*]
Quenya Correa de Paula[*]

Resumo

O presente estudo visa abordar como, ao longo dos anos, as diferentes concepções intelectuais trataram o fenômeno étnico racial no Brasil. Abordando as três vertentes fundamentais: o racismo científico do século XIX, a teoria hegemônica na atualidade que é o mito da democracia racial e a concepção estruturalista da pobreza, a partir do estudo de raça. A população negra no país segue marginalizada e o racismo se apresenta como um dos fatores fundamentais, mas não o único explicativo desta realidade. A tese da democracia racial brasileira manteve escondido o preconceito que contribuiu para que os negros fossem vistos como culpados por suas condições econômicas periféricas.

Palavras-Chave

Racismo. Democracia Racial. Pobreza. Identidade Nacional

RACISM AND THE RACIAL QUESTION IN THE INTERPRETATIONS OF BRAZIL

Abstract

The present study aims to address how, over the years, different intellectual conceptions have addressed the ethnic racial phenomenon in Brazil. Addressing the three fundamental aspects: nineteenth-century scientific racism, the hegemonic theory in the present day, which is the myth of racial democracy, and the structuralist conception of poverty starting with the study of the Negro. The black population in the country remains marginalized and racism is presented as one of the fundamental factors, but not the only explanatory of this reality. The thesis of Brazilian racial democracy kept the bias hidden and contributed to the blacks being seen as guilty of their peripheral economic conditions.

Keywords

Racism. Racial Democracy. Poverty. National Identity

[*]Doutor em Ciências Humanas pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Atualmente é professor e pesquisador do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), pesquisando e lecionando os seguintes temas no mestrado e doutorado e na graduação: sociologia e antropologia do direito, profissões jurídicas, ensino do direito, desigualdades sociais, acesso à justica, criminalização da pobreza, arte-protesto, sociedade de consumo, racismo no Brasil, movimentos sociais, cultura política brasileira e violências de gênero. Os temas de pesquisa são desenvolvidos, geralmente, a partir das teorias de Pierre Bourdieu e Norbert Elias.

[*]Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Possui especialização em Direito Processual Civil, pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduação em Administracão com ênfase em análise de sistemas e Graduação em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa "Direito, Sociedade e Cultura". Advogada.

INTRODUÇÃO

O debate sobre cotas raciais nas universidades públicas brasileiras levou para a mídia e outras esferas de ação pública uma importante reflexão que já vinha sendo trabalhada em círculos acadêmicos e, principalmente, era sentida diariamente na vida prática pela população negra do país: existe racismo no Brasil. Ele é expresso, por vezes, simbolicamente, mas, embora muitos indivíduos (que nunca sofreram com agressões deste tipo) tentem constantemente negar, essa violência muitas vezes também aparece verbalmente, fisicamente e institucionalmente. Dados apresentados em 2016 pelo IPEA[1] dão conta de que a média salarial de uma mulher negra é inferior a 40% da de um homem branco no país. Contribuem para este dado os mecanismos discriminatórios de raça e gênero.

O racismo não se trata apenas de uma atitude perante a qual determinados sujeitos se pensam superiores devido a fatores bio-geograficos. O racismo é também é uma teoria (SANTOS, 1984), e como tal, torna-se importante descrever e combater as teses racistas. Abordaremos, neste ensaio, as teses referentes ao racismo brasileiro, mais precisamente sobre a forma de como chegamos a constituir um tipo *sui generis* de racismo que, como afirma Florestan Fernandes, possui "o preconceito de se ter preconceito". Enquanto diversos países do mundo passaram por experiências de segregacionismo étnico (a segregação pode ser legal, como houve nos Estados Unidos em que havia legislação distinta entre negros e brancos ou extralegal, como na Bolívia, em que índios foram impedidos de morar em certas regiões, embora nenhuma lei permitia tal postura discriminatória), no Brasil, desde os anos 1930, predomina um certo orgulho nacional dos indivíduos, em fazer parte de uma nação que oferece exemplo para o mundo de sua democracia racial[2].

Nas últimas décadas, os movimentos sociais ligados a questões étnicas, têm pautado o debate sobre o racismo brasileiro. Abundam na mídia, casos em que, por algum tipo de confusão racista, negros são convidados a utilizarem o acesso exclusivo para funcionários, recebendo repreensões ou simplesmente sendo impedidos de entrar em locais que, por serem de elite, não esperam pessoas que não sejam brancas em seus espaços[3].

Para Joel Rufino dos Santos, "nos Estados Unidos, o negro tem uma pistola apontada para sua cabeça; no Brasil, ela esta apontada para as suas costas. Para quem segura a pistola, a segunda situação, sem dúvida é a mais cômoda" (SANTOS, 1984, p.46).

---

[1] http://veja.abril.com.br/economia/mulher-negra-ganha-menos-de-40-da-renda-de-homem-branco-diz-ipea/ 11 de marco de 2016.

[2] Durante os anos 1960 a ONU encomendou estudos para pesquisadores internacionais, pois acreditava que por aqui realmente a convivência Inter étnica era democrática e poderia servir de exemplo para outros países do mundo.

[3] Ficou famoso o caso do Neurocientista estadunidense Carl Hart que em agosto de 2015 foi impedido de entrar no hotel em que estava hospedado sendo interpelado por diversas vezes pelos recepcionistas se o mesmo tinha certeza que se tratava do hotel correto. http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1675340-neurocientista-negro-e-barrado-em-hotel-onde-ministraria-palestra-em-sp.shtml

1 A ESCRAVIDÃO COLONIAL NO BRASIL

O processo de colonização do Brasil se deu por meio da introdução em seu território de um contingente enorme de indivíduos vindos do continente africano para trabalhar nas lavouras por meio da escravidão. Distinta de ser apenas uma forma de exploração da força de trabalho, a escravidão no Brasil se converte em uma instituição com fortes impactos na vida social do país.

O racismo colonial era fruto de um contato etnocêntrico com as culturas africanas. A busca de rotas alternativas para comercialização com o oriente foi o que oportunizou Portugal a ser o primeiro país europeu a contornar o périplo do continente africano em 1492. Neste período o português teve contato com os povos africanos e principalmente com suas riquezas. Durante anos foi conveniente ao português visitar a costa do continente rapinando os povos locais e abastecendo o mercado europeu com produtos da região.

O estabelecimento da divisão ibérica do mundo através do tratado de Tordesilhas coloca o país numa situação complexa. A pequena população portuguesa deveria ser capaz de colonizar um território continental. A investida inicial de envio de sujeitos marginais à sociedade era pouco eficiente do ponto de vista econômico. Ao mesmo tempo, os povos nativos não possuíam o contato com ouro e prata encontrado pelos espanhóis através das grandes civilizações pré colombianas. Por meio da escravidão, uma instituição inexistente até o momento em Portugal, mas encontrada na África, que o empreendimento consolidou-se.

No entanto, os homens não são compostos apenas de interesses materiais. Havia necessidade de justificar, através da construção de ideologias, o uso da mão de obra da população negra sem a devida contra partida. O território brasileiro formou a maior população de negros fora do continente africano, a segunda maior população negra do mundo. Os números expressivos foram possíveis apenas com as migrações forçadas em péssimas condições, para servirem de escravos nas lavouras brasileiras. O conjunto do tratamento prestado aos escravos foi possível com o uso de incentivo através de ideologias religiosas confeccionadas por um importante parceiro da coroa, a ordem católica companhia de Jesus. O amparo "divino" à escravidão dava-se por meio da suposta inexistência de alma nos negros. Este elemento aliviava o sono dos escravistas em um tratamento dispensado que se assemelhava ao conferido aos animais (VITA, 2000).

Aquela motivação religiosa perdeu sua importância com o passar dos anos, mas, as ideologias reproduzidas são criadas e recriadas constantemente. Desta forma, o tratamento concedido ao negro pela hierarquia patriarcal durante a colônia, transmitiu a herança aos demais períodos históricos do Brasil até a atualidade sobre o local ocupado pela população negra na sociedade. Esses elementos que contribuem para um tratamento racista geram um *handicap* ao negro sobre todas as suas relações sociais e econômicas. Além disso, a ciência justificadora do racismo e o abandono dos ex-escravos, por parte do Estado, são outros importantes fatores desta realidade.

2 AS INFLUÊNCIAS DO RACISMO CIENTÍFICO DO SÉCULO XIX SOBRE O BRASIL

O pensamento social brasileiro até as primeiras décadas do século XX foi fortemente influenciado pelos estudos científicos europeus que ressaltavam variáveis biológicas como determinantes fundamentais para o desenvolvimento das sociedades. O famoso antropólogo criminal italiano Cesare Lombroso (2013), acreditava que a propensão ao crime estava ligada a características típicas hereditárias carregadas pelo criminoso. Segundo este pensamento, os crimes praticados na atualidade não são exatamente culpa dos atuais sujeitos envolvidos, que em muitos casos lutam contra seus instintos primitivos, mas fazem parte de uma herança genética da qual não conseguem se livrar. Utilizando-se de elementos oriundo das teorias evolucionistas da antropologia e também da evolução das espécies de Darwin, Lombroso acaba por estabelecer características típicas do criminoso.

Os trabalhos de Lombroso na realidade revestiam de uma roupagem cientifica os sentimentos racistas do século XIX. Este período foi o de maior força da ciência positivista e também o do avanço do imperialismo europeu sobre o continente africano. A antropologia evolucionista fazia parte do conjunto de argumentos ideológicos justificadores da ação imperialista. O processo colonialista era tratado como uma proposta de inclusão, mesmo que forçada e a base de rapina, de sociedades tradicionais a um nível evolutivo semelhante ao europeu. Por isso, visto como maus menores frente às possibilidades de permanecerem vagando anos e anos nos caminhos do atraso, os objetivos do capitalismo europeu se encontravam com os interesses teleológicos das sociedades ao redor do mundo.

A maneira como os preconceitos de uma época, e particularmente deste período, pode contaminar o ambiente cientifico, é trabalhado pelo naturalista inglês Stephen Jay Gould em "A Falsa Medida do Homem". O autor apresenta os estudos de craniometria realizados por George Morton nos quais buscava atestar que o tamanho da caixa craniana está diretamente relacionado à capacidade logica e de raciocínio. Para isso, realizou experimentos divididos conforme a origem étnica e comprovou sua hipótese confirmando que os europeus possuem os maiores alojamentos encefálicos, seguidos das demais etnias e por último, os africanos. Mas, a pesquisa apresenta inúmeros erros de análise experimental. Desde a coleta de crânios até a medição, são repletos de características tendenciosas que favoreceram os "vencedores" europeus. Segundo Gould, de uma maneira geral, os estudos do determinismo biológico são em grande parte forjados, consciente ou inconscientemente, pelos pesquisadores envolvidos.

Segundo o antropólogo francês Claude Levi-Strauss (1976) em trabalho encomendado pela Unesco, o evolucionismo social é uma proposta "perigosamente sedutora" ao apresentar fatos referentes a existência de diversidade entre as sociedades humanas ao longo da história. Para Levi-Strauss, a proposta de Charles Darwin de uma evolução das espécies através da seleção natural, é uma das teorias de maior possibilidade probabilística no campo das ciências da natureza, no entanto, quando nos referimos ao meio social, não podemos classificar artefatos como se fossem animais sob pena de haver, no evolucionismo social, uma série de equívocos de aplicação ao ambiente.

Outro autor que provocou importante impacto intelectual é o francês Arthur de Gobineau (PETRUCELLI, 1996). Para ele, as raças apresentam características distintas segundo as aptidões culturais de cada uma delas. Embora ele também apresentasse uma prevalência dos brancos, o maior impacto sobre a sociedade brasileira se deve a visão que ele possui da miscigenação. Embora se numa combinação de dois grupos raciais, o superior perdesse importantes elementos de suas características positivas, era uma maneira de contribuir com a evolução da raça tida como inferior.

Durante o século XIX havia um olhar depreciativo sobre o que era ser brasileiro. Vários intelectuais expressaram o descontentamento com a prevalência de negros na população nacional e também não se demonstravam felizes com a mestiçagem. Entre os intelectuais brasileiros, aquele que mais difundiu as teses do racismo cientifico foi Oliveira Vianna (2005), já no século XX. O autor acreditava que as características físicas da população (em particular às étnico-raciais) são fundamentais para se compreender a sociedade em que se está inserido. Embora ele mesmo fosse mulato, não acreditava na existência de capacidade civilizacional dos povos negros. Para ele, havia uma predominância da raça branca sobre as demais e o Brasil só poderia ser um país com civilização avançada em casos onde houvesse um processo de trocas raciais que produzissem sujeitos mais brancos.

Durante um importante período no final do século XIX, o Brasil e a América latina adotaram estratégia que ficou conhecida como política de embranquecimento. Os países da região, ao se compararem com os europeus e se classificarem como atrasados, encontraram, na existência de um contingente muito numeroso de pessoas pardas e mestiças, fator justificador desta condição. Muitos destes países resolveram adotar incentivos à migração de populações europeias para a região. Entre 1870 e 1930 o Brasil recebeu cerca de três milhões de imigrantes oriundos principalmente dos territórios italianos e alemão.

Ao invés de produzir brasileiros mais brancos, na realidade, amorenou os europeus e, de outro lado, os imigrantes aos poucos iriam substituir a mão de obra escrava (e negra) que ocupava a lavoura e que começava a formar a classe operária fabril. A preferência pela mão de obra do imigrante colocou a população negra às margens do sistema econômico brasileiro. Ao negro coube ocupar postos de trabalho secundários e instáveis ou permanecer sem emprego por meses seguidos compondo o exército industrial de reserva.

A posição marginal na economia, que muitas vezes oscila para o ócio ou para uma vida criminosa, irá, posteriormente, contribuir negativamente com a argumentação racista sobre o desenvolvimento intelectual e a capacidade de trabalho produtivo dos negros, do mesmo modo que a edição de leis contra a vadiagem e práticas culturais afro-brasileiras contribuiriam para a exclusão social das populações negras e ampliação dos preconceitos raciais (FERNADES, 2008).

> Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, pro-

> vocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:
>
> Pena – de prisão cellular por dous a seis mezes.
>
> Paragrapho unico. E‟ considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.
>
> Art. 403. No caso de reincidencia, será applicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.
>
> Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.
>
> Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas cominadas para taes crimes. (GAMA APUD SERAFIM, 2011, p.9).

O extrato acima retirado do código penal brasileiro de 1890, demonstra a maneira como o Estado, que havia abandonado o negro após o fim da escravidão, ainda tratou de criminalizar suas práticas. O racismo institucional no Brasil aparece camuflado por legislações que atingem, preferencialmente, a população negra, como esta que proíbe a capoeira.

3 O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL BRASILEIRA

Durante as primeiras decadas do século XX, começa a crescer entre os maiores intelectuais brasileiros certas visões de que a qualidade do povo brasileiro estava em sua capacidade de misturar. Na mesma década de 1930, veio a público o mais importante livro de interpretação do Brasil: Casa-grande e Senzala, de Gilberto Freyre (2003). A obra realizava uma verdadeira revolução na históriografia do Brasil ao usar técnicas de narrativa utilizadas pelas ciências sociais e uma linguagem quase que literária. Amplamente elogiada pela intelectualidade do periodo, o livro passou a ser o ensaio brasileiro mais traduzido até hoje, e para muitos apresentava, de fato, os traços originais da brasilidade. Como não poderia deixar de ser, Casagrande e Senzala, que já nascia um clássico, se transformou em visão hegemônica sobre o Brasil não apenas nos meios intelectuais, mas em qualquer debate da vida prática.

Aqui, o que nos interessa são os elementos conceituais que permitiram a esta obra ascender ao posto de paradigma dominante de interpretação do país, derrubando os conceitos vigentes, oriundos do racismo científico. Para Gilberto Freyre, a colonização do Brasil se deve a um tripé que envolve um tipo de estrutura familiar que dará origem ao tipo de Estado: o patriarcado; as dificuldades e limitações climáticas do país que permitiram ao povo português ser o único naquele periodo com capacidade para realizar tamanho desafio, devido ao contato que possuia com os povos árabes e africanos e principalmente por desenvolver sua miscibilidade com estes povos e a interpenetração das etnias fundadoras do país.

A miscigenação em nossas terras era utilizada como fator explicativo para o que se considera ser um sucesso de colonização (a unicidade das terras portuguesas, o

espírito pacifíco do povo, os fatores emocionais do seu caráter, etc). O olhar sobre estas relações que focam em elementos de possiveis acordos integrativos relega à segundo plano o processo violento pelo qual ocorreram as incorporações dos povos indígenas e africanos à colonia. O próprio processo de escravidão é visto a partir dos escravos domésticos[4] que possuiam certos privilegios frente aos demais escravos. Ainda assim, para ele, haveria uma necessidade econômica por parte dos senhores, que precisavam do maior rendimento possivel com o uso da mão de obra. Os senhores de engenho parceberam que o uso exagerado de força e altas condições de exploração do trabalho eram inversamente proporcionais ao sucesso do empreendiemnto comercial. Segundo Freyre (2003), estes elementos foram fundamentais para que por aqui houvesse uma escravidão que pouco teve de cruel e que entregava ao trabalhador uma alimentação abundante e reparadora.

Enquanto os intelectuais brasileiros até o presente momento incentivavam políticas como as propostas de embranquecimento da população brasileira com a vinda de imigrandes europeus que pudessem "melhorar" a composição racial e minorar os prejuízos causados pelas raças inferiores numa visão próxima ao pensamento de Gobineau, Gilberto Freyre realiza uma inversão ao valorizar a mestiçagem brasileira.

O posicionamento intelectual servia de auto-estima funadamental para um país que iniciava um processo de reformas políticas populistas. O governo de Getúlio Vargas, atráves da propaganda oficial, promovia a noção de povo utilizando a mesma ideia de integração de multiplas culturas. Por outro lado, este governo tratou de nacionalizar elementos da cultura negra que haviam sido perseguidos durante periodos anteriores. Elementos como a agilidade e ginga dos capoeiras, o ritmo africano do samba e da mulata passam a ser exportados como traços culturais da identidade nacional. O governo realiza aporte financeiro para a realização das primeiras ligas de futebol e para o desfile e concurso das escolas de samba na avenida principal da cidade do Rio de Janeiro.

Embora intelectuais como Monteiro Lobato e Jorge Amado tenham recebido a obra de Freyre com enorme entusiasmo, relacionando-a com suas próprias visões sobre o conflito etnico no país e com a revisão da identidade nacional que estava sendo promovida, se faz mister observar detreminados traços desta visão (RUGAI, 1986). Assim como havia feito Gobineau, em Casa Grande e Sensala existe uma confusão entre o que seria uma raça biologicamente definida e possiveis caracteristicas sociais dos grupos culturais retratados. Ambos percebem elementos genéticos como fundamentais para compreensão do meio social, mas, com uma diferença: enquanto o pensador francês tratava de forma depreciativa a miscigenação brasileira, o pernambucano promove a sua valorização.

[4] Os trabalhos domésticos serão a única profissão do inicio do século em que aparecem mais pessoas negras do que imigrantes em São Paulo. Segundo a pesquisa realizada por Florestan Fernandes, em muito se deve a que a categoria teve poucas transformações com o processo de abolição. Enquanto escravos gozavam de certos privilégios principalmente por estarem tão próximos da vida intima de seus senhores. Quando libertos passam à condição de assalariados em situação mais fragilizada. Apenas recentemente, com o estatuto das empregadas domésticas, quando a própria condição do mercado de trabalho levava muitas trabalhadoras domesticas para a formalização em outras áreas é que se percebeu a necessidade de regulamentar e pagar os devidos direitos trabalhistas a estas categorias.

A concepção de etnia negra já por si só apresenta certo desconhecimento da diversidade cultural dos povos que foram atacados pelo processo de escravidão. Os senhores de engenho eram informados antes de adquirir um escravo sobre a origem etnica do cativo. Por isso, as senzalas eram como Torres de Babel, em que os moradores não se entendiam por possuírem diferentes religiões, hábitos, linguas e etnias rivais em solo africano. Existia certa dificuldade em se compreenderem como iguais a fim de lutarem contra a escravidão. Há relatos na Bahia em que manifestações de escravos foram boicotadas por membros de outras etnias sobre a acusação de serem "coisas de Nagô" (ANDREWS, 2003).

A simplificação da cultura negra (que também ocorre com as tribos indígenas), a redução da violência na escravidão e a valorização dos relacionamentos sexuais interetnicos são alguns dos traços da criação literária sobre a fundação do país. Enquanto se acreditou que Freyre estava libertando o Brasil de seu preconceito racial, ele estava, na verdade, transferindo o preconceito para outra esfera menos visível. O autor havia criado a ideologia fundamental de interpretação do país através do que passou a ser chamado criticamente de mito das três raças (ORTIZ, 2008).

O racismo à brasileira escondido sobre o manto da democracia racial continuou a relegar os negros brasileiros a uma vida de pobreza e miséria, quando não encarcerados. Por isso a necessidade de compreender os fatores que levaram a população de ex-escravos a ocupar os piores espaços da vida social no país.

4 A REPRODUÇÃO DA DESIGUALDADE SOBRE O OLHAR DE FLORESTAN FERNANDES

Diante de tantas teorias de interpretação do Brasil que punham ênfase em sua diversidade étnica racial, o paulista Florestan Fernandes (2008) desenvolve uma importante pesquisa na década de 80, sobre a integração do negro no capitalismo Brasileiro. Importante ressaltar que esta preocupação seria desmedida enquanto a sociedade permanecesse com o trabalho escravo em que não houvesse previsão de mobilidade social.

O capitalismo é marcado pela livre concorrência. Onde os indivíduos podem consumir quando e onde preferirem contanto que tenham algo para trocar. Na sociedade capitalista todos precisam trocar mercadorias, nem que seja a sua capacidade produtiva enquanto força de trabalho. A dificuldade dos negros se tornarem mercadoria nos primeiros anos após a abolição da escravidão está intimamente ligada às limitações para o consumo de bens essenciais a vida nas sociedades modernas. Quer dizer, há dois fatores importantes que se combinam e se reproduzem, o fato de o negro não se adaptar ao mercado gera empobrecimento deste grupo, ampliando suas dificuldades de alcançar postos de trabalho num ciclo vicioso que causa maiores prejuízos a esta população.

A promulgação da lei que pôs fim à escravidão no Brasil deu-se sem que o Estado planejasse qualquer tipo de reparação, indenização ou proposta de inclusão na sociedade de classe que estava nascendo. Influenciados por doutrinas liberais o país foi o último do mundo a banir de seu sistema jurídico a existência de trabalho escravo. Os principais objetivos com o fim da escravidão eram de ampliar o mercado consumidor e tornar o país mais moderno. No entanto, os governantes não conseguiram

formular a concepção básica de como uma massa empobrecida poderia consumir produtos do mercado externo e, muito menos, qual a contribuição para a consolidação de instituições mais modernas no país.

Um dos importantes elementos que dificultaram a inserção do escravo ao trabalho relaciona-se com a ideologia presente onde o trabalho é visto como "coisa de escravo". No fim da escravidão, o trabalho ligado à lavoura e ao mesmo senhor era visto como manutenção na ordem escravista por parte dos negros. Por outro lado, os senhores também apresentavam resistência em pagar salários aos ex-escravos que eles acreditavam ser seus por direitos adquiridos pela compra. A impossibilidade de trabalhar na lavoura provocou um êxodo dos negros para as cidades.

A condição nas cidades não se apresentavam melhores aos negros. Uma das razões está ligada à não percepção da diferença entre a compra temporária da mão de obra do assalariado e a compra completa do corpo enquanto escravo que gerava enorme resistência para que os negros se mantivessem estáveis nos trabalhos que conseguiam. Muitas vezes estes trabalhadores eram pouco produtivos, faltosos e indisciplinados. Para agravar ainda mais sua condição, chegava ao Brasil uma mão de obra concorrente: sem o olhar depreciativo sobre o trabalho, acostumados com o modelo capitalista de assalariamento e com a organização da vida na ordem competitiva, os imigrantes europeus passam a ser mão de obra prioritária nas lavouras, fábricas e comércio no Brasil. No início do século não havia um posto de trabalho em que italianos e alemães fossem menos valorizados (FERNANDES, 2008).

A condição do negro sem trabalho e ao mesmo tempo sendo obrigado a sustentar sua família, era habitar cortiços ou moradias autoconstruídas em favelas, alternando entre trabalhos temporários e flerte constante com atividades criminosas. Este cenário foi sendo reproduzido através dos anos e colocando o negro como empobrecido do meio social.

As pesquisas atuais sobre pobreza e exclusão social, como os trabalhos de Jesse Souza (2003), não apresentam uma realidade diferente para o negro. Constantemente tratado fora dos limites básicos de cidadania, o negro recebe além do preconceito de cor, um preconceito mais forte e poderoso contra sua personalidade. Segundo o autor, a necessidade de um tipo de personalidade para a indústria moderna deixou de lado os pobres que são tratados como inadaptáveis e inúteis. Nessa personalidade se incluem elementos típicos das classes dominantes e que devem ser aprendidos desde a mais tenra idade. São características como a disciplina, o auto controle, o pensamento prospectivo que não são ensinados aos pobres e as famílias muitas vezes desestruturadas também não são capazes de produzir. Estas características são fundamentais para se candidatar a uma vaga de emprego, para obter sucesso escolar e para ser reconhecido socialmente. Os pobres em sua maioria são negros não por questões referentes a características biológicas destes sujeitos. A dificuldade de os negros se adaptarem a sociedade moderna tem relação com o fato de eles terem partido do pior ponto de largada numa sociedade competitiva.

Os argumentos racistas meritocráticos são incapazes de perceber os fatores históricos sociais da reprodução desta desigualdade. Por essa razão, o tema das cotas,

que será analisado em outro artigo, se torna central para os movimentos sociais, inverte a concepção que relegou os negros a pobreza como parte de sua natureza genética para a revisão histórica dos elementos sociais que levaram a esta exclusão e do qual os negros foram vítimas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O racismo brasileiro é encoberto pela áurea sagrada da democracia racial. A democracia racial habita nas mentes dos brasileiros e faz parte de um conjunto de ideologias capazes de manter a sociedade sobre o controle das elites ricas e brancas. Assim, a violência institucional e a pobreza atingem profundamente a população negra.

A chance de um negro ser pobre, preso ou vítima de homicídio é muito superior à de um branco, no Brasil. Embora distinto do racismo empregado nos Estados Unidos por meio do qual se desenvolveu a ideia de que todos são iguais, porém separados, o mito da democracia racial criou uma sociedade que acredita em sua igualdade de tratamento, mas que configurou um cenário em que todos vivem juntos, porém separados pelos conflitos sociais.

A estratégia de esconder para diminuir sua importância é uma das mais antigas formas de tornar invisíveis alguns dos problemas e conflitos mais importantes do país. O encobrimento de uma hierarquia social também é percebido por outros intelectuais brasileiros, em particular, faz parte do mais importante trabalho de Roberto DaMatta (1997). Para o antropólogo fluminense, são os momentos de conflito em que os brasileiros localizados em posições hierárquicas superiores apresentam suas armas. O rito do "você sabe com quem está falando?", apesar de não ter consagrado a questão racial no debate, funciona de forma muito semelhante, acobertando durante a maior parte do tempo os conflitos racistas que permanecem latentes até que alguém, por alguma razão, ouse descumprir as regras cotidianas de hierarquia social da população branca. A revelação de um conflito é abafada por um ritual de apresentação de armas simbólicas.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, George Reid. **América Afro-Latina** (1800-2000). Trad. Magda Lopes. São Carlos,SP: EdUFSCar, 2007.

BASTOS, Elide Rugai. **Gilberto Freyre e a Questão Nacional** em: MORAES, Regianldo, ANTUNES, Ricardo e FERRANTE, Vera. Inteligência Brasileira ed. Brasiliense, 1986.

DAMATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis para uma sociologia do dilema brasileiro** ed. Racco: Rio de Janeiro, 1997.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: o legado da "raça branca".** São Paulo, ed. Globo, 2008.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala: formação da economia brasileira sobre a economia patriarcal**. São Paulo: Global, 2003.

GOULD, Stephen Jay. **A Falsa Medida do Homem**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014.

LEVI-STRAUSS, CLAUDE. **Raça e Classe.** In: Antropologia Estrutural II Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente.** São Paulo: Ícone, 2013.

OLIVEIRA VIANNA. **Populações Meridionais no Brasil**. Brasília, Conselho editorial do Senado federal, 2005.

ORTIZ, Renato. **Cultura Brasileira e Identidade Nacional**. 5º ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

PETRUCELLI, José Luis. **Doutrinas francesas e o pensamento racial brasileiro, 1870-1930** Estudos Sociedade e Agricultura, 7, dezembro 1996.

SERAFIM, Jhonata Goulart e AZEREDO, Jeferson Luiz. **A (des) criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940.** Em Amicus Curiae V.6, N.6 (2009), 2011.

SANTOS, Joel Rufino dos. **O que é Racismo**; Coleção Primeiros Passos, ed Brasileiense, 1984.

SOUZA, Jesse. **A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica**. Belo Horizonte, Editora da UFMG, 2003.

VITA, Alvaro de. **Sociologia da Sociedade Brasileira**. São Paulo: Ed. Ática, 2000.

DIREITOS DOS ANIMAIS E DA NATUREZA LEVADOS A SÉRIO:
Análise do julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (Recurso Especial 1.797.175 – SP).

Germana de Oliveira Moraes[*]

Resumo

Este artigo contém comentários sobre precedente pioneiro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil de reconhecimento de direitos e de dignidade dos animais. Trata-se do caso do papagaio Verdinho , cuja guarda foi deferida judicialmente a sua cuidadora. Os comentários se fazem sob a perspectiva da ampliação do espectro do princípio da dignidade na Constituição Brasileira, a da jurisprudência constitucional latino-americana afirmativa dos direitos da Natureza, inclusive a do direito à relação de Harmonia entre os seres.

Palavras-chave

Direito dos Animais. Direitos da Natureza. Harmonia entre os Seres.

Resumen

Este artículo contiene comentarios sobre precedentes pioneros de la Corte Superior de Justicia de Brasil para el reconocimiento de los derechos y de la dignidad de los animales. Este es el caso del Papagayo Verdinho, cuyo guardia fue diferido judicialmente a su cuidadora. Los comentarios se hacen bajo la perspectiva de ampliar el espectro del principio de la dignidad en

[*]Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará. Decana do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC onde leciona Direitos da Natureza e Constitucionalismo Democrático Latino Americano. Graduada (1984) e Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará, com doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (1998) e estágio pós-doutoral na PUC-PR (2013). Em curso, Pós-doutorado na PUC-RI, com pesquisas sobre a perspectiva do tratamento jurídico internacional da Harmonia com a Natureza e sua eventual incorporação ao direito brasileiro. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN) . Graduada (1984) e Mestre(1989) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Integrante da Rede de especialistas sobre Harmonia com a Natureza junto às Nações Unidas (HwN UN) Professora do Curso de Graduação da UFC das disciplinas Direito Constitucional e Direito da Integração Foi Coordenadora Nacional, no Brasil, da Rede para o Constitucionalismo democrático latino-americano. (2014-2016). Desenvolve pesquisas acadêmicas sobre Harmonia com a Natureza,direitos da Madre Tierra, consciência Pachamama. Tem experiência nas áreas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, com atuação profissional e/ou trabalhos escritos sobre o novo constitucionalismo democrático latino-americano, Bem Viver, direitos de Pachamama, integração sul americana, direitos humanos das mulheres, Unasul, relações internacionais, e regime jurídico das águas, direitos fundamentais e políticas públicas, princípios constitucionais, controle jurisdicional da administração pública, conciliação, sistema judicial e formação de magistrados. É Iuíza Federal no Ceará, desde 1991.Foi representante, na América Latina e no Caribe, da IAWJ - International Association of Women Judges (2006-2008 e 2012-2014). Atualmente é Presidenta do CBIAWJ - Capítulo Brasileiro da Associação Internacional das Mulheres Iuízas. De 2005 a 2007 foi membro na primeira gestão do Conselho Nacional de Justica, onde participou da coordenação de projetos nacionais relativos à instalação dos Iuizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e ao Movimento pela Conciliação. Representou os iuízes federais no Conselho Superior da ENFAM, Escola Nacional de Formação e Aperfeicoamento dos Iuízes, de 2011 a 2013 e foi Diretora da Escola da Magistratura Federal cearense, no período de 2009 a 2013. Ademais atuou, no Ceará, como Diretora do Foro Federal, de 2000 a 2005, Iuíza do Tribunal Regional Eleitoral, de 1994 a 1997 e Procuradora da Fazenda Nacional, de 1986 a 1991.

la Constitución brasileña y la de la jurisprudencia constitucional latinoamericana que afirma los derechos de la Naturaleza, incluido el de a la relación de armonía entre los seres.

Palabras clave

Derechos de Animales. Derechos de la naturaleza. Armonía entre Seres.

Abstract

This article contains comments on pioneering precedent of the Brazilian Superior Court of Justice for the recognition of animal rights and dignity. This is the case of the Parrot Verdinho, whose guard was judicially deferred to his caregiver. The comments are made from the perspective of broadening the spectrum of the principle of dignity in the Brazilian Constitution, that of Latin American constitutional jurisprudence affirming the rights of nature, including the right to the relationship of harmony between beings.

Key Words

Animal Law. Rights of Nature. Harmony between Beings.

INTRODUÇÃO

Em Brasília, no dia 21 de março de 2019, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, órgão judicial de cúpula responsável pela uniformização da jurisprudência sobre a legislação federal no Brasil, admitiu o reconhecimento de direitos e de dignidade de animais não humanos e da Natureza, ao julgar um recurso envolvendo a guarda do papagaio Verdinho, o Recurso Especial 1.797.175 - SP (2018 / 0031230-00)[1].

Verdinho havia sido confiscado pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) à Maria Angélica Caldas Uliana, com quem convivia há mais de vinte e três anos. Maria Angélica, ao ver do Ibama, não estava cuidando bem da ave, que, ademais, em se tratando de animal silvestre não poderia permanecer com ela.

Com um olhar atualizado do Direito Brasileiro, o Ministro Og Fernandes, relator do Recurso Especial 1.797.175 - SP (2018 / 0031230-00) [2] submetido ao *Superior Tribunal de Justiça, determinou, sob certas condições, a guarda definitiva do* papagaio Verdinho para a recorrente Maria Angélica.

Antes de o recurso chegar ao Superior Tribunal de Justiça, Verdinho se encontrava, por força de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o tribunal recorrido, sob a guarda provisória de Maria Angélica, deferida por causa da verificação de falta de cuidados especiais com ele, durante o tempo, em que esteve sob a responsabilidade do IBAMA.

Na conclusão de seu voto, seguido à unanimidade por seus colegas da segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Og Fernandes adotou o princípio da razoabilidade para determinar, sob condições, a guarda definitiva do papagaio à recorrente. Em seu entender, *"a reintegração da ave ao seu* habitat natural, *conquanto possível, pode ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o*

[1] O precedente do Superior Tribunal de Justica, ora objeto de comentários, relativo ao julgamento do Recurso Especial1.797.175 – SP encontra-se no sítio eletrônico <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> >. Acesso em: 23 jul. 2019

[2] Disponível em < https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp>. Acesso em 30.07.2019.

papagaio em comento, que já possui hábitos de ave de estimação, convive há cerca de 23 anos com a autora."[3] Acrescentou a esta justificativa, a violação da dignidade da pessoa humana e a violação da dimensão ecológica da dignidade humana. De um lado, a indefinição da destinação final do animal a "impor o fim do vínculo afetivo e a certeza de uma separação que não se sabe quando poderá ocorrer", em seu ver, estaria a violar a dignidade da recorrente. De outro, a perpetuação do estresse do animal causada pelas múltiplas mudanças de ambiente estaria a por em dúvida a viabilidade de readaptação a um novo ambiente.

Ao exercer o juízo de razoabilidade, o Tribunal considerou os direitos humanos, os direitos de Maria Angélica, e admitiu direitos de seres não humanos, os direitos do papagaio Verdinho.

A fundamentação poder-se-ia ter esgotado no princípio da dignidade da pessoa humana, sobremaneira respeitado quando levou em conta a dimensão emocional da recorrente, ao buscar prevenir eventuais danos à pessoa, possivelmente decorrentes de uma eventual ruptura do vínculo afetivo de Maria Angélica com a ave de sua estima. Só por isso, já mereceria encômios.

O Tribunal foi mais além. Abriu os olhos e o coração para a existência de direitos de seres não humanos. Sem quedar-se omisso, assumiu seu papel de garantidor também dessa nova modalidade de direitos. Conforme observam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, "são inúmeras as teses inéditas e argumentos inovadores que apareceram na fundamentação da decisão, sendo a mais inovadora de todas, a atribuição de *dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza*".[4]

Para reconhecer e garantir direitos de animais não humanos, como os do Papagaio Verdinho, o Relator Ministro Og Fernandes fez uma interpretação atualizada da Constituição e de textos legais do Brasil, dialogando com ordenamentos normativos de fora e com a jurisprudência e a doutrina nacionais e estrangeiras. Passo importante para essa tomada de decisão envolve uma inovadora perspectiva de *"limitações aos direitos fundamentais dos seres humanos com base no reconhecimento de interesses não humanos*"[5]. Ou seja, trata-se do desafiante tema da relação entre os direitos humanos e os direitos dos seres não humanos e da Natureza.

No julgado, há duas inovações marcantes: o reconhecimento expresso dos direitos de seres não humanos e a potencialidade de eles delimitarem os direitos fundamentais. As duas se ancoram na aplicação do artigo 225, §. 1º, VII da Constituição Federal Brasileira conjugada com novel interpretação do princípio da dignidade.

Colhe-se no voto, a afirmação literal de que esses novos direitos são legitimados constitucionalmente como é facilmente identificado na tutela dispensada à fauna e à flora através da vedação constitucional de *"práticas que coloquem em risco a função eco-*

[3] Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p. 19. Acesso em: 23 jul. 2019.

[4] SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. "STJ a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano". Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano. Acesso em 24 de julho de 2019.

[5] Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p.8. Acesso em: 23 jul. 2019.

lógica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade" (art. 225, para. 1º, VII da Constituição Federal). Aqui o ponto alto da decisão. Fundamentar os direitos de animais e de outros seres vivos nesta norma constitucional expressa. Ler nessa norma constitucional a positivação dos direitos da Natureza, ou seja, de seres não humanos.

No início de seu voto, o relator já havia destacado a importância da proteção ambiental como um dos valores edificantes do Estado de Direito, constituído no artigo 225 da Lei Fundamental de 1988, da qual dependem os direitos fundamentais. Depois, a partir desta *leitura* do art. 225, para. 1º, VII da Constituição Federal, demonstra uma preocupação recorrente com a necessidade de interpretação do princípio da dignidade, à luz dos valores ecológicos, seguida de observações sobre a relação de interdependência entre os seres humanos e a Natureza.

I - A DIGNIDADE DOS ANIMAIS: O OUTRO LADO DO TOTEM DA DIGNIDADE

Após expor suas inquietações ecológicas, diz o relator, fazer-se "necessário repensar a concepção kantiana individualista e antropocêntrica da dignidade e de avançar rumo a uma compreensão ecológica da dignidade da pessoa e da vida em geral."[6]

A dignidade no Direito Brasileiro assemelha-se a um totem da ordem jurídica. Altaneira, paira imponente no frontispício da carta constitucional, no inciso III do artigo 1º, com valor quase sagrado, dando sustentação a todo o arcabouço normativo. O relator da decisão em comento, não nega a centralidade, no direito constitucional brasileiro, do princípio da Dignidade como irradiador do Direito atual. Reinterpreta-o, como se estivesse desvelando o dom de mimetismo de um totem de transformar humanos em animais e vice-versa. Mostra-lhe a face da dignidade dos animais. Para tanto, invoca a Declaração dos Direitos dos Animais (1978) da qual o Brasil é signatário e sistemas constitucionais que já contemplam a dignidade de seres não humanos. Da Europa, cita o exemplo da Suíça, cuja constituição se refere à "dignidade da criatura" (art.24) e o da Alemanha, cuja Lei Fundamental trata de "bases naturais da vida" (art.20), ao invés de vida humana. Da América Latina, transcreve os preâmbulos poéticos das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), ressaltando o caráter pioneiro do constitucionalismo andino, ao incorporar a visão da Natureza como expressão da vida na sua totalidade, a ponto de o ordenamento jurídico atribuir titularidade de direitos e de dignidade ao meio ambiente e aos animais não humanos.

A dignidade dos animais não humanos, segundo o que se infere do julgado, reside no valor intrínseco da Natureza e na Ética da Vida:

> "O pensamento central kantiano coloca a idéia de que o ser humano não pode ser tido como simples meio (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como um fim em si mesmo (sujeito) em qualquer relação em face do Estado ou perante outros indivíduos"

[6] Disponível em <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , pp .8 e 9. Acesso em: 23 jul. 2019

> Entretanto, é necessário que possamos nos confrontar com novos valores ecológicos que alimentam as relações sociais contemporâneas e que reclamam uma nova concepção ética, é essencial estabelecer uma redescoberta da verdadeira ética de respeito à vida.
>
> Assim, qualquer vedação à prática de "coisificação" não deve, em princípio, ser limitada apenas à vida humana, mas sim ter seu espectro ampliado para contemplar outras formas de vida.
>
> É necessário sempre sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente é elevado ao nível de valor ético-jurídico fundamental. Essa circunstância indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral seja para viabilizar a vida humana e, acima de tudo, a vida humana com dignidade. "[7]

Por isso, porque fundado na "dignidade da própria vida de um modo geral", o voto não contempla a controvérsia teórica sobre a possibilidade ou não de atribuir direitos aos animais, em virtude da condição de seres sencientes. Citam-se, nada obstante, em reforço a tese da dignidade dos animais, julgamentos, de *Habeas corpus* impetrados em favor da liberdade de primatas presos em jaulas de zoológicos, nos quais ela é posta. Dois deles julgados no Brasil, e outros dois, na Argentina.

Os primatas da Argentina tiveram melhor sorte que no Brasil. Antes que fosse executada a sentença proferida no HC 833085-3 2005, em favor da liberdade da chimpanzé Suíça, que padecia de solidão no Jardim Zoológico na capital baiana, Salvador, a macaca foi encontrada morta em sua jaula.[8] No Rio de Janeiro, nada obstante os argumentos de que a chimpanzé Jimmy estaria sofrendo na jaula do Zoológico de Niterói, necessitando da companhia de seus semelhantes, o processo, HC 002637-70.2010.8.19.0000-TJ-RJ, foi extinto, sob o fundamento de que, segundo o texto constitucional, a medida de *Habeas corpus* destina-se a pessoa humana e não a qualquer ser vivo. [9]

---

[7] Disponível em <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p.9. Acesso em: 23 jul. 2019.

[8] A sentença em favor da chimpanzé Suíça foi publicada na Revista Brasileira de Direito Animal, v. 1, n. 1, 2006, pp.281-285. Disponível em <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10259, acesso em 31 de julho de 2019. Foi proferida no dia 28 de setembro de 2005 pelo Juiz de Direito, Edmundo Lúcio da Cruz, em sede do *Habeas corpus* Nº 833085-3/2005, impetrado pelos promotores de Justica e do Meio Ambiente da Bahia, Doutores Heron José de Santana e Luciano Rocha Santana.

[9] O relatório e o voto de 05 de novembro de 2010, para efeitos de indeferimento da liminar do *Habeas Corpus* nº 0002637-70.2010.8.19.0000, em favor do chimpanzé Jimmy, encontram-se disponíveis em < http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E164C7F5BA0C4F3C3D56853A3CF5FD40D4C4212E3E3B, consulta em 31 de julho de 2019. No dia 19 de abril de 2011, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justica do Rio, seguiu o voto do relator e sem resolucão de mérito, não admitiu o *Habeas corpus*. " *Durante o julgamento, o desembargador relator contou aue pesauisou muito sobre o assunto e aue, apesar de estudos concluírem aue o chimpanzé é o parente mais próximo do homem, com 99,4% do DNA idênticos ao do ser humano, o mesmo não pode ser considerado como pessoa, ou seja, um sujeito de direito*." Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5136962. Acesso em 31 de julho de 2019.

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, ora em apreço, confere-se destaque ao importante precedente da Justiça Argentina na qual aos animais se reconhece o caráter de sujeitos de direitos, e em conseqüência, se concede um pedido em favor de uma orangotango de nome Sandra, que se encontrava em estado de solidão e confinamento no Zoológico de Buenos Aires. Essa decisão de vanguarda em favor da orangotango Sandra serviu de estímulo e fundamento à liberação, em 2016, no âmbito da Ação Penal 72.254-15, da chimpanzé Cecília, que também sofria de solidão na cidade argentina de Mendonza.[10]

No artigo *"Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica"*, Ciméa Beviláqua analisa como, nos dois precedentes judiciais argentinos, tornou-se possível trazer à existência uma nova forma de vida jurídica, a "pessoa não humana", mobilizando os recursos de um arcabouço legal no qual os animais permanecem definidos como "coisas". Observa a autora que

> "se nos dois casos o reconhecimento da sensibilidade dos animais ao sofrimento desempenhou um papel decisivo, essas sentenças envolveram concepções distintas de direito e dos direitos, assim como percursos e operações diversas".[11]

No caso argentino pioneiro de concessão de ordem de liberdade em favor da orangotango Sandra, pontificam entre os fundamentos da decisão do '*Recurso de casación s/ hábeas corpus - CCC nº 68831/2014/CFC1*", proferida, em 18 de dezembro de 2014, pela Sala II da Câmara Federal de Cassação Penal, o pensamento do jusfilósofo Eugênio Raul Zaffaroni, assim citado:

> "Que, a partir de uma interpretação jurídica dinâmica e não estática, mister é reconhecer ao animal o caráter de sujeito de direitos, pois os sujeitos não humanos (animais) são titulares de direitos, pelo que se impõe sua proteção no âmbito competencial correspondente (Zaffaroni, E. Raúl et al., "Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 493; também Zaffaroni, E. Raúl, "La Pachamama y el Humano", Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54 e ss.)"12

Eugenio Raul Zaffaroni, ex-Juiz do Tribunal Constitucional da Argentina, hoje membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no artigo "*La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*", ao tratar, sob a perspectiva filosófica, ética e jurídica da relação do ser humano com as formas de vida não humanas, além de discorrer sobre as repercussões do animalismo na Europa, ressalta o aporte do constitucionalismo latino-americano de positivação dos direitos da Natureza ou *Pachamama*, que entre os europeus, é Gaia. Para o jus-filósofo argentino:

---

[10] No dia 03 de novembro de 2016, o Poder Judicial de Mendonza, Argentina, declarou a chimpanzé Cecília sujeito de direito não humano e determinou seu deslocamento até o final de outono para o santuário de Sorocaba, localizado no Brasil. O inteiro teor da decisão proferida pela Iuíza Maria Aleiandra Maurício, na representação feita feita pela associação AFADA. *(Associacion de Funcionarios y Abocados pelos Derechos de los Animales)* por meio do Processo 72.254/15 encontra-se disponível em <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2019.

[11] BEVILÁQUA, Ciméa. *"Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica"* IN Revista Mana, vol.25 no.1 Rio de Janeiro jan./abr. 2019 Epub 30-Maio-2019, p. disponível em <http://www.scielo.br/pdf/mana/v25n1/1678-4944-mana-25-01-38.pdf>, acesso em 30 de julho de 2019.

[12] Disponível em <https://internationanimals.files.wordpress.com/2015/02/2014-03-26-cacc81mara-federal-de-casaciocc81n-penal.pdf>, Acesso em 30 de julho de 2019.

> "uma nova jurisprudência deverá iniciar-se, cujas conseqüências práticas são difíceis de prever" e "a incorporação da Natureza ao direito constitucional em caráter de sujeito de direito abre um novo capítulo na História do Direito"[13].

O precedente do sistema judicial argentino, amparado no pensamento de Eugénio Raul Zaffaroni, inicia uma nova jurisprudência sobre os direitos dos animais a ponto de repercutir dentro do país, com a concessão *do habeas* corpus em favor da chimpanzé Cecília, e fora dele, com o julgamento do recurso especial pela Superior Tribunal de Justiça do Brasil, reconhecendo os direitos do papagaio Verdinho, no qual se encontram referências ao constitucionalismo latino-americano.

A decisão argentina, mediante a qual se atribuem direitos a orangotango Sandra teve repercussão mundial. Foi amplamente divulgada, sendo objeto de notícias na imprensa nacional e internacional e tema de publicações em vários periódicos científicos, como aquele da Revista *Scientific American*. [14] Os comentários sobre o caso Sandra, como sujeito de direito não humano, de autoria de Pedro David [15] publicados na Revista argentina *El Derecho Penal*, serviram de apoio a defesa da construção moral e ética do ser humano e de sua dignidade, em permanente evolução, apontada como fundamento da decisão proferida em seguida pelo Poder Judicial de Mendonza, em 3 de novembro de 2016, em favor da chimpanzé Cecília.[16] "Tal decisão - a do caso da chimpanzé Cecília, afirma Kelly Silveira, no artigo "*Animais e acesso à Justiça: uma realidade emergente com fundamento na igualdade de Peter Singer*", " pode ser considerada importante precedente mundial e embasa a tese de que a correta classificação jurídica dos animais é um importante passo para o acesso desses à justiça e conseqüente consecução do bom direito.[17]

---

[13] ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia** . IN Revista Bolívia.Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos Elementales para su desarrollo normativo. Vice Presidencia de la Republica. La Paz. 2010. p. 125. Disponível em < https://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/02/la-naturaleza-como-persona-pachamama-y-gaia-e-r-zaffaroni/>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

[14] Disponível em <https://www.scientificamerican.com/espanol/noticias/sandra-la-orangutan-cuyos-derechos-basicos-son-reconocidos-en-argentina/>, consulta em 31 de julho de 2019.

[15] DAVID, Pedro. **Notas sobre el caso Sandra, sujeto de derecho no humano**. IN Revista El Derecho Penal . Número: 2004-2016 (enero - diciembre), Año, vol. y nro.:11 - noviembre 2015, pp. 5-25, \<https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=22776>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

[16] Segundo os termos expressos da decisão em favor da chimpanzé Cecília: "*La construcción moral y ética del hombre y su dignidad se encuentran en permanente evolución. El reconocimiento del hombre como individuo socializado, con aptitud de aprendizaje, lo ha llevado a entender que la naturaleza debe ser protegida y los animales no deben ser maltratados, sin perjuicio de que esa evolución- aprendizaje venga determinada por la encrucijada ambiental en la que se ha visto envuelto en las últimas décadas. Al respecto el Dr. Pedro David, en comentario al fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina, Sala II, expresó "Pues bien, nunca el hombre se ha encontrado hasta aquí con una encrucijada histórica, donde su forma de vida en las sociedades más avanzadas económica y tecnológicamente está destruyendo el planeta, y con ello pone en riesgo su propia vida y las aguas, el clima, y la supervivencia de las especies. Por ese motivo, hoy, a través de valores de solidaridad y cuidados con la creación, ellos son extendidos, de manera imperativa, legislativa y judicialmente, desde el plano internacional y en muchos países, a la mejor protección jurídica de aquellas especies como los orangutanes y bonobos, y delfines, y otras especies protegidas a las que hay que cuidar efectivamente desde las garantías de derechos propias de las personas. No en su totalidad de protección,* sino en el modo y forma más efectivos de su propio cuidado y supervivencia. No se trata de eludir parches de protección circunstancial que den la apariencia de protección frente a la dilapidación del planeta que las legislaciones nacionales aún toleran, cuando no la fomentan…" *(DAVID, Pedro. "NOTA SOBRE EL CASO DE SANDRA, SUJETO DE DERECHO NO HUMANO", Revista El Derecho Penal, El Derecho, ISSN 1667-1805)"*

[17] SILVEIRA, Kelly. *Animais e o acesso à Justica,uma realidade emergente com fundamento na igualdade de Peter Singer*, IN "Direitos de *Pachamama* e direitos Humanos" (e-book), co-organização com Martônio

Naquela decisão do Poder Judicial de Mendonza - do caso Cecília, colhem-se, além da dignidade, outras linhas teóricas como fundamentos dos direitos dos animais ,entre as quais o anti-especismo de Peter Singer e a defesa de Eugène Raul Zaffaroni de *Pachamama* ou Gaia, como sujeito de direito, com base na teoria científica que considera a Terra como organismo vivo. [18]

Outro aspecto importante a destacar é que, ao julgar o Expte. NRO. P-72.254/15, apresentado em favor da chimpanzé Cecília, como sujeito não humano, o Poder Judicial, em Mendonza enfrentou a aparente contradição entre o direito positivo vigente na Argentina e a afirmação de que os grandes símios são sujeitos de direitos e são titulares daqueles direitos inerentes à qualidade de ser senciente. Advertiu para a existência de uma clara incoerência no ordenamento jurídico que, por um lado, sustenta que os animais são coisas para depois, protegê-los contra os maus-tratos, legislando sobre isso, inclusive no campo penal. "*Legislar sobre maus-tratos contra animais implica a forte presunção de que os animais "sentem" esses maus-tratos e de que esse sofrimento deve ser evitado, e em caso de produzido deve ser castigado pela lei penal*". [19]

Para aqueles que rechaçam esses fundamentos doutrinários e ainda insistem em ver os direitos dos animais aos moldes do século XVIII, pondera-se parecer pouco provável que o inspirador do conteúdo do princípio da Dignidade da pessoa humana, o filósofo Immanuel Kant (1724-1809), conhecido por não gostar de sair de casa, tenha, durante sua existência, visitado algum zoológico com primatas, sejam chimpanzés ou orangotangos. Dificilmente terá tido o espanto com as semelhanças entre nossos comportamentos sociais e os deles, como o que teve Charles Darwin, quando, em 1838, viu Jenny, um orangotango recém-chegado ao zoológico de Londres. Menos do que provável, incogitável, seria tanto para Kant, mais de dois séculos atrás, ou mesmo para Darwin, no século XIX, prever a demonstração científica de que o chimpanzé contém 99,4% do DNA idênticos ao do ser humano[20]. Somos mais pare-

---

Mont'alverne Barreto Lima e Thaynara Andressa Frota Araripe, 1ª edição, Fortaleza, Editora Mucuripe, 2018, p. 103.

[18] Nos termos expressos da decisão: *La doctrina nos ilustra respecto a las dos líneas teóricas que justifican el reconocimiento de los derechos de los animales: "En primer término se presentan las tesis de corte utilitarista que encuentran su primera formulación en el pensamiento de Bentham, quien postula como sujeto moral a todo aquel capaz de sentir placer o dolor, y ante la afirmativa eleva a sujetos de derechos a todos aquellos que cumplan esta condición, comprendidos entre ellos los individuos del reino animal. En la misma línea, Salt por su parte aboga a favor del reconocimiento de los derechos de las razas animales inferiores. Este desarrollo teórico culmina con la obra de Peter Singer quien define el sufrimiento como característica vital a partir de la cual debe atribuirse la condición de sujeto de derecho. Propone un criterio "antiespecista", solicitando un tratamiento igualitario entre todos los sujetos de derecho independientemente de su especie…La segunda vertiente teórica es la que podemos denominar ecología profunda y da fundamento al trabajo de Zaffaroni citado en el fallo de la C.F.C.P. Parte de la base de la hipótesis Gaia del Teólogo Leonardo Boff según el cual "La tierra es un organismo vivo, es la Pachamama de nuestros indígenas, la Gaia de los cosmólogos contemporáneos. En una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos, nacidos del humus, somos una única realidad compleja. Entre los seres vivos e inertes, entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biósfera y la antropósfera, rigen interrelaciones. No hay adición de todas esas partes, sino organicidad entre ellas. Esta naturaleza o Pachamama como organismo vivo es para esta teoría titular de derecho y consecuentemente persona…"*(MUÑIZ, Carlos M., "Los animales ante la Ley. De Objetos y Sujetos", Ed. La Ley, AR/DOC/594/2016), pp 33-34. Disponível em <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2019.

[19] Disponível em <https://www.nonhumanrights.org/content/uploads/Sentencia-de-Habeas-Corpus-de-Cecilia.pdf>, p. 33. Acesso em 31 de julho de 2019.

[20] Estudos comparativos entre a evolução genética dos seres humanos e dos chimpanzés encontram-se disponíveis no sítio <https://www.dnalc.org/view/15156-*Comparing-chimp-and-human-genes*-Svante-Paabo.html>. Acesso em 25 de julho de 2019.

cidos que imaginávamos ou quiséssemos. Ter sentimentos é um ponto comum entre seres humanos e animais.

> "A ciência do sentimento tem vindo pouco a pouco mostrando a existência de sentimentos nos animais". É o que registra Antônio Damásio, explicando que "os sentimentos humanos são mais complexos, sobrepostos e elaborados que os dos animais", e que "a poesia é inconcebível sem tais sentimentos complexos. [21] Ainda que se admita que os mamíferos superiores possam ter cérebro complexo semelhante ao nosso, ao que nos parece, eles não tem a capacidade de fazer poesias... Será que por não dedicarem poemas para nós, por isso, eles não poderiam ser titulares de direitos e de dignidade? Se a poesia nos diferencia como humanos dos animais, será que podemos, em nome disso, negar direitos e dignidade a seres igualmente vivos com quem nos relacionamos em condições de interdependência recíproca?

Difícil imaginar, se Kant teria ou não estendido sua proposta de dignidade aos animais não humanos, se dispusesse desses dados científicos atuais ou vivesse as inquietações ecológicas deste século.

Parece para nós, no entanto, ser, no mínimo, um dever moral, atualizar o conteúdo do princípio constitucional da dignidade, à luz dos novos conhecimentos científicos desvelados e comprovados nos últimos séculos. Esse mérito, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil ostenta.

O Tribunal avançou e não parou. Fez mais do que aceitar a atualização da hermenêutica constitucional. Suscitou a necessidade de compatibilizar com essa compreensão (ou dimensão) ecológica da dignidade, a legislação infraconstitucional brasileira, de modo particular o artigo 82 do Código Civil, pelo qual se define o animal como "bem de categoria móvel".

O relator insurge-se no voto contra *"a objetificação sofrida pelos animais não humanos"* e contra a evidente *"incongruência entre o texto legal de conteúdo civilista e o expresso na atual Carta Magna*".[22]

A preocupação com a Ética da Vida e com a consciência ecológica evidencia-se ao longo da decisão. Em reforço aos fundamentos de Direito Positivo, somam-se aqueles de ordem filosófica. Com apoio na doutrina da Ecologia profunda (*Deep Ecology*), de Arne Naesse, defende o valor intrínseco dos seres sensitivos não humanos e a conseqüente reformulação do conceito de dignidade. [23] Cita Leonardo Boff em defesa da consciência ecológica que, para o relator, nada obstante a existência de um complexo de leis voltadas à proteção dos demais seres vivos, ainda se encontra em "um processo de construção". É que para ele, *"mesmo com a intenção de resguardar as*

[21] DAMÁSIO. Antônio. A estranha ordem das coisas. A vida, os sentimentos e as culturas humanas. Temas e debates. Círculo de leituras. Lisboa. 2017. p. 166.

[22] Disponível em <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p. 13. Acesso em: 23 jul. 2019.

[23] Disponível em <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p.8. Acesso em: 23 jul. 2019

demais espécies, grande parte dessas leis ainda carregam em si uma herança antropocêntrica e não biocêntrica.[24]

As inquietações de ordem ecológica, no caso do papagaio Verdinho, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, avançam para além do reconhecimento da dignidade dos animais não humanos a ponto de alcançarem a inter-relação entre o ser humano e a Natureza.

II. A LUZ DE ESPERANÇA NO CASO DO PAPAGAIO VERDINHO. A INTER-RELAÇÃO DE HARMONIA ENTRE O SER HUMANO E A NATUREZA. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS DA NATUREZA.

Um grupo de juristas brasileiros dedicado à pesquisa sobre os direitos da Natureza vislumbrou neste paradigmático precedente do Superior Tribunal de Justiça "*la luz del Papagayo sujeto*". [25]Uma luz de esperança no "*reconocido derecho a la convivencia armoniosa entre los seres*" se acende no âmbito do sistema judicial brasileiro em favor dos direitos de seres não humanos e de uma nova inter-relação de harmonia entre os seres humanos e a Natureza. É o que se depreende na leitura dos comentários expostos no capítulo *"Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas"*, do livro *"La Naturaleza como sujeto de derechos en el Constitucionalismo democrático"*, organizado pelas Professoras Cláudia Storini e Liliana Estupiñan Achury e pelos Professores Fernando Antônio de Carvalho Dantas e Rubén Martínez Dalmau, editado pela *Universidad Libre* da Colômbia (2019), com o destaque ao

> "reconhecimento de posição relacional de convivência entre os seres humanos e não humanos que integram a Natureza, concretamente, na possibilidade fática de risco de vida que o louro (chamado Verdinho), correria no caso de ser alijado do ser humano que o criou e com o qual mantinha cotidiana convivência e, na perspectiva jurídico/teórico/normativa, no princípio da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de Direito".

Eventuais situações em que se confrontem direitos humanos e direitos de seres não humanos e da Natureza em geral, já estão a desafiar a inteligência dos julgadores, principalmente nos Tribunais de países, como o Equador, onde há mais de dez anos estão positivados constitucionalmente os direitos da Natureza, *Pachamama* ou Mãe Terra.

Tenho dúvidas, já manifestadas perante o Tribunal Constitucional do Equador, à o ocasião do Congresso ali ocorrido em 2015, sob a denominação "Aportes de la Corte Constitucional del Ecuador al constitucionalismo democratico lecturas críticas", se para a solução de casos que impliquem dilema entre direitos fundamentais humanos

[24] Disponível em<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , pp.10 a 12. Acesso em: 23 jul. 2019.

[25] Cristiane Derani, Fernando Antônio de Carvalho Dantas, Germana de Oliveira Moraes, José Luiz Quadros de Magalhães, Lafayette Garcia Novaes Sobrinho, Tatiana Ribeiro de Souza, Vanessa Hasson de Oliveira e Vitor Sousa Freitas, em co-autoria, escreveram o capítulo *"Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas"*, do livro *"La Naturaleza como sujeto de derechos en el Constitucionalismo democrático"*, editado pela *Universidad Libre* da Colômbia, em agosto de 2019. *"Derechos de la Naturaleza en Brasil: perspectivas teóricas, prácticas y normativas"*. IN ACHURY, Liliana, STORINI, Cláudia, DANTAS, Fernando v DALMAU, RUBÉN. *La Naturaleza como sujeto de derechos en el Constitucionalismo democrático", Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Agosto, 2019.*

e direitos da Natureza ou de seres não humanos seria possível aplicar a técnica da proporcionalidade, que ocorre no fundo mesmo da própria essência dos direitos fundamentais, ou se antes dever-se-ia questionar a prevalência ou não do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

> Questiono se seria possível adotar a fórmula de peso de Alexy nesses caos. Em caso afirmativo, se seria necessário readaptá-la ou seria mais apropriado criar uma nova técnica de interpretação ou de aplicação dos princípios constitucionais, quando houvesse uma colisão entre os direitos fundamentais humanos e os direitos da Natureza.26

No caso ora em apreço, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça a aplicação do princípio da razoabilidade não envolveu qualquer tensão entre direitos humanos e direitos de seres não humanos. Lançou, nada obstante, sementes para a reflexão sobre a temática. Adotou-se a razoabilidade para justificar a escolha da medida administrativa que mais vantagens pudesse trazer para o direito à vida e à proteção do papagaio Verdinho. Se a guarda definitiva ou provisória para Maria Angélica, com quem convivia há mais de 23 anos; se a guarda do animal para o IBAMA, entidade ambiental; se a reintegração ao seu *habitat natural*, entre outras medidas Não havia desarmonia entre os direitos do papagaio e o direito à dignidade da pessoa Maria Angélica. Ao revés, a medida propiciou, ao ver do relator, a harmonização entre eles. Reconheceu, como destacado antes, "o direito à convivência harmônica entre eles".

É importante registrar que no voto ora comentado, o Relator Ministro Og Fernandes do Superior Tribunal de Justiça pontuou ser necessário repensar uma racionalidade radicalmente distinta dos padrões jurídicos postos para impulsionar novo pensamento por parte do Estado e da Sociedade e novas decisões judiciais, tomando como ponto de partida que *"a relação que se deve estabelecer entre o ser humano e a natureza é muito mais uma inter-relação marcada pela interdependência do que uma relação de dominação do ser humano sobre os demais seres da coletividade planetária."*[27]

Como marcos para essa proposta, elegeu, conforme se lê abaixo, no âmbito da jurisprudência, o precedente do julgado da Corte Constitucional da Colômbia, na qual se reconheceu o rio Atrato como sujeito de direitos e, no campo doutrinário, a tese de Vanessa Hasson de Oliveira, autora do primeiro livro publicado no Brasil, em 2016, sobre o tema "Direitos da Natureza":

> "O fator mais importante desta reflexão assenta-se em um redimensionamento do ser humano com a natureza a partir de um enfoque do direito biocêntrico e não somente antropocêntrico, "os quais traduzem uma profunda unidade entre natureza e o animal não humano e a espécie humana". (O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões

[26] O inteiro teor da palestra proferida em Quito no Congresso *"Aportes de la Corte Constitucional del Ecuador al constitucionalismo democratico lecturas críticas"*, foi publicada na Revista *Abya Yala* da Universidade de Brasília, sob o título *"Análisis de la sentencia n. 002-09-San-CC de la Corte Constitucional para el período de transición."*IN. ***Abya-Yala: Revista Sobre Acesso à Justica e Direitos nas Américas*** 1 (2), 175-98. <http://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/7020. Acesso em: 27 jul. 2019

[27] Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018- 0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p.16. Acesso em: 26 jul. 2019.

> sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. Revistas de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v. 12, n. 1, 2018,PP.221-239)
>
> Na fundamentação defendida por Oliveira (2016), a natureza não é algo apartado da espécie humana e os demais seres da coletividade planetária, assim como os seres humanos, são a própria natureza em sua universalidade e diversidade (OLIVEIRA, Vanessa Hasson de. Direitos da Natureza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.115)[28]

No precedente citado da Corte Constitucional da Colômbia, desvela-se essa compreensão atualizada da relação de interdependência entre os seres humanos e a Natureza, adotada pelo relator em seu voto. Trata-se do precedente da Sentencia T-622 de 2016, relativa ao Expediente T-5.016.242, proferida em 10 de novembro de 2016 e relatada pelo JuizIvan Jorge Palacio Palacio, na Sala Sexta de Revisão da Corte Constitucional da República da Colômbia, mediante a qual se declarou a Bacia Hidrográfica do Rio Atrato sujeito de direitos.

Conforme já tive oportunidade de escrever, essa decisão da Corte Constitucional da Colômbia contribui para a modulação de uma jurisprudência constitucional afirmativa dos direitos da Natureza e do giro para uma visão não-antropocêntrica, que, no campo jurídico, estreou no Direito constitucional andino. Sob o aspecto jurídico, reveste-se de relevância, por se tratar de matéria constitucional, decidida pela última instância judicial do país, pela Corte Constitucional:

> "Ao fazer análise minuciosa dos fatos, a Corte, além de amparar-se em seus próprios precedentes, fundamentou o reconhecimento judicial dos direitos do rio Atrato, de seus afluentes e da bacia; dos direitos bioculturais dos habitantes das margens ribeirinhas e do direito à saúde humana na Constituição ecológica do país, em tratados internacionais subscritos pela Colômbia em matéria de proteção ao meio ambiente, e nos direitos bioculturais".[29]

Os direitos bioculturais remetem a outro relevante precedente do sistema jurídico latino-americano, no qual também eles são utilizados como fundamentos: a Opinião Consultiva OC-23/17, de 15 de novembro de 2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos. A Corte Interamericana dos Direitos Humanos, em resposta a Opinião Consultiva sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos da Colômbia, reconheceu *"a relação inegável entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos"*, ao editar a OC-23/17, de 15 de novembro de 2017.[30] Nesses dois precedentes judiciais, com amparo nos direitos bioculturais previstos em Tratados Internacionais, reconhece-se a inegável relação entre a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos.

---

[28] Disponível em <https://sti.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398?ref=serp> , p.16. Acesso em: 26 jul. 2019.

[29] MORAES, Germana de Oliveira. Os rios nos Tribunais como sujeitos de Direitos. No fluxo dos precedentes da Justica constitucional do Equador, da Índia e da Colômbia IN SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (organizador) ***Democracia, Pluralismo y Derechos Humanos,*** *Editorial Arazandi, Universidade de Sevilla. Sevilla.* 2019, p. 243.

[30] Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp, consulta em 29 de julho de 2019.

Como se evidencia na citada consulta da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, a compreensão da inter-relação entre a proteção ao meio ambiente e a realização de outros direitos humanos afeta a visão jurídica da relação entre direitos da Natureza e direitos humanos, marcando-a com o selo da indissociabilidade.

A premissa filosófica de interdependência recíproca entre os seres humanos e a Natureza, como se vê, reverbera, no campo jurídico, na relação entre direitos fundamentais humanos e direitos de seres não humanos (e da Natureza). "Para tratar da relação entre os direitos de *Pachamama* e os direitos humanos faz-se necessário antes olhar para a relação entre seres humanos e Natureza, Mãe Terra ou *Pachamama*".

Sob a perspectiva teórico-filosófica pode-se demonstrar que os direitos humanos contém os direitos da Mãe Terra e que os direitos da Mãe Terra contém os direitos humanos. "Direitos humanos fazem parte dos direitos da Natureza, *Pachamama* ou Mãe Terra e esses, por seu turno, fazem parte dos direitos humanos. Essa consciência dos direitos da Natureza como parte e todo ao mesmo tempo demanda uma mudança de perspectiva da visão do mundo, que, com base no pensamento do filósofo Ken Wielber, denominamos "estética holonística".[31] Essa percepção holonística, herança comum à humanidade, conduz à "consciência de o ser humano relacionar-se em Harmonia com a Natureza, com os demais seres humanos, as demais espécies vivas, o Planeta em que vivem e convivem e o Universo, de ordem a permitir a continuidade de sua vida individual e coletiva, como espécie na Terra". Traduz-se essa consciência na conexão simbiótica entre os seres humanos e a Natureza e decorre da indissociabilidade entre eles. [32]

O Superior Tribunal de Justiça, com essa decisão do Papagaio Verdinho, contribui, inegavelmente, para a sensibilização, formação e divulgação de estilos de vida em Harmonia com a Natureza, em sintonia com a meta prevista no item 12.8 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 das Nações Unidas. O item 12 da Agenda 20130 afirma o objetivo de "*assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis*", mediante a consecução de metas, entre as quais a de velar para que até 2030, as pessoas de todo o mundo, disponham de informações pertinentes sobre o desenvolvimento sustentável e os estilos de vida em Harmonia com a Natureza e se sensibilizem a respeito (Meta 12.8).

Desde 2009, a Harmonia com a Natureza vem sendo objeto de estudos, pesquisas, de diálogos e de resoluções no âmbito do Programa das Nações Unidas *Harmony with Nature*[33], detectando-se, conforme se infere da consulta à plataforma onde está instalado no sítio das Nações Unidas "uma tendência incipiente no sentido de adotar a Harmonia com a Natureza como paradigma não antropocêntrico para

[31] MORAES, Germana de Oliveira. "*Direitos de Pachamama e Direitos Humanos.* "IN "Direitos de *Pachamama* e direitos Humanos" (e-book), co-organização com Martônio Mont'alverne Barreto Lima e Thaynara Andressa Frota Araripe, 1ª edição, Fortaleza, Editora Mucuripe, 2018, pp. 10-21. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=rW2DDwAAOBAJ, consulta em 30 de julho de 2019.

[32] MORAES, Germana de Oliveira. **Harmonia com a Natureza e Direitos de *Pachamama***, Edições UFC, Fortaleza, Ceará, 2018, p. 130.

[33] As ações, pesquisas, diálogos, resolucões e demais dados do Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas estão disponíveis no sítio <www.harmonywithnatureun.org/>. Acesso, em 30 de julho de 2019.

este século e como base ética para uma possível Declaração dos direitos da Mãe Terra".[34]

O Supremo Tribunal Federal do Brasil, no dia 22 de abril de 2019, no contexto da agenda das Nações Unidas de celebração do Dia Internacional da Mãe Terra, sediou, em Brasília, o evento "Diálogos das Cortes Constitucionais e o Programa Harmonia com a Natureza da Organização das Nações Unidas (ONU)". O evento resultou de convênio firmado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal com as Universidades Federais do Ceará, de Goiás e de Santa Catarina, com o objetivo de estabelecer parcerias para oferecer suporte ao Programa Harmonia com a Natureza das Nações Unidas. Agustin Grijalva, juiz da Corte Constitucional do Equador, e Cristiane Derani, professora da Universidade Federal de Santa Catarina fizeram palestras sobre o tema. A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça, corregedora-geral da Justiça Federal e diretora do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, e o ministro Humberto Martins, corregedor do Conselho Nacional de Justiça se manifestaram sobre a importância do convênio e da iniciativa.[35]

Ao proferir seu discurso durante a abertura dos Diálogos, Ministro Edson Facchin do Supremo Tribunal Federal acentuou o papel essencial da jurisdição constitucional para "*evitar os retrocessos na proteção ambiental e tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado*". Para Facchin, *"precisamos estar à altura dos desafios que a Mãe Terra nos vocaciona, para que não sejamos um parasita de um hospedeiro que nos acolheu e tem nos acolhido com muita fraternidade e compreensão"*. De acordo com o que disse o ministro Fachin da Corte Constitucional Brasileira, a Terra não é apenas a casa comum de todos, "*mas também aquela que nos dá abrigo e sentido de existência. E para tanto, a existência nela pressupõe pluralidade de interesses, impondo a todos os sujeitos um necessário olhar para o outro. O exercício da alteridade e também da fraternidade*".[36]

CONCLUSÃO

No Brasil, o julgamento do Recurso Especial 1.797.175 - SP (2018 / 0031230-00), do caso do Papagaio Verdinho, pelo Superior Tribunal de Justiça, é um precedente com potencialidade de grande repercussão no Direito, em virtude do reconhecimento na ordem jurídica formal da dignidade e dos direitos dos animas pelo sistema judicial. Notabiliza-se por atualizar a interpretação da vigente Constituição Brasileira em compasso com os conhecimentos científicos e com os valores ecológicos atuais. Amplia o espectro do princípio da dignidade, a ponto de admitir a dimensão da dignidade ecológica; impulsiona os diálogos no âmbito das Nações Unidas, da Harmonia com a Natureza, como princípio orientador das relações entre os seres vivos e base ética de eventual Declaração Universal dos direitos da Mãe Terra. No Brasil, pode figurar, com

[34] MORAES, Germana de Oliveira. **Os diálogos das Nações Unidas "Harmonia com a Natureza" e a Proposta de Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra. IN Revista NOMOS**, v. 38.2, jul./dez. 2018, da Universidade Federal do Ceará, **p 707. Disponível em** http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39899/95990, consulta em 26 de julho de 2019.

[35] http://www.sti.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Promovido-pelo-CJF--encontro-de-cortes-constitucionais-discute-harmonia-com-a-natureza.aspx, consulta em 29 de julho de 2019.

[36] http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409112, consulta em 29 de julho de 2019.

destaque, como um dos precedentes judiciais pioneiros do giro biocêntrico (ou ecocêntrico) da ordem jurídica nacional.

Eduardo Gudynas[37], ao insistir que os Direitos da Natureza sejam levados a sério, vaticina que, no futuro, eles deverão estar presentes em quase todas as constituições. A nova jurisprudência sobre os direitos dos animais, que, na América Latina, começa a delinear-se, na Argentina, com os casos do orangotango Sandra e da chimpanzé Cecília, e mais, recentemente no Brasil, com o julgamento do Recurso Especial 1.797.175 - SP (2018 / 0031230-00), do caso do papagaio Verdinho, leva a sério os direitos dos animais, e por isso, pode precipitar a realização dessa profecia.

Oxalá! Afinal, animais não fazem poesias, mas são dignos de direitos!

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Ciméa. "Pessoas não humanas: Sandra, Cecília e a emergência de novas formas de existência jurídica" IN Revista Mana, vol.25 no.1 Rio de Janeiro jan./abr. 2019 Epub 30-Maio-2019, p. disponível em <http://www.scielo.br/pdf/mana/v25n1/1678-4944-mana-25-01-38.pdf>, acesso em 30 de julho de 2019.

DAMÁSIO, Antônio. A estranha ordem das coisas. A vida, os sentimentos e as culturas humanas. Temas e debates. Círculo de leituras, Lisboa, 2017.

DAVID, Pedro. Notas sobre el caso Sandra, sujeto de derecho no humano, IN Revista El Derecho Penal, Número: 2004-2016 (enero - diciembre), Año, vol. y nro.:11 - noviembre 2015, pp. 5-25, \<https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=22776>, Acesso em 08 de agosto de 2019.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza en serio: respuestas y aportes desde la ecología política. IN ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política. Ecuador: Abya Yala; Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p. 239-240. Disponível em: <http://rosalux.org.ec/attachments/article/254/derechos-naturaleza.pdf>.

MORAES, Germana de Oliveira. Os diálogos das Nações Unidas "Harmonia com a Natureza" e a Proposta de Declaração Internacional dos Direitos da Mãe Terra, IN Revista NOMOS, v. 38.2, jul./dez. 2018, da Universidade Federal do Ceará, p 707. Disponível em http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39899/95990, consulta em 26 de julho de 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. OS rios Tribunais como sujeitos de Direitos. No fluxo dos precedentes da Justiça constitucional do Equador, da Índia e da Colômbia IN SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (organizador) Democracia, Pluralismo y Derechos Humanos, Editorial Arazandi, Universidade de Sevilla, Sevilla, 2019, p. 243.

_____. "Direitos de Pachamama e Direitos Humanos, IN "Direitos de Pachamama e direitos Humanos" (e-book), co-organização com Martônio Mont'alverne Barreto Lima e

[37] GUDYNAS, Eduardo. *Los derechos de la naturaleza en serio: respuestas y aportes desde la ecología política. IN ACOSTA, Alberto y* MARTÍNEZ, Esperanza (comp.). **La naturaleza con derechos: de la filosofía a la política**. Ecuador: Abya Yala; Universidad Politécnica Salesiana, 2011, p. 239-240. Disponível em: <http://rosalux.org.ec/attachments/article/254/derechos-naturaleza.pdf>. Consulta em 31 de julho de 2019.

Thaynara Andressa Frota Araripe, 1ª edição, Fortaleza, Editora Mucuripe, 2018, pp. 10-21. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=rW2DDwAAQBAJ, consulta em 30 de julho de 2019.

_____. Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama, Edições UFC, 2018, p. 130.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano. Acesso em 24 de julho de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia , IN Revista Bolívia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos Elementales para su desarrollo normativo. Vice Presidencia de la Republica. La Paz. 2010. p. 125. Disponível em < https://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/02/la-naturaleza-como-persona-pachamama-y-gaia-e-r-zaffaroni/>. Acesso em 1 de agosto de 2019.

FUNDAMENTOS DA SEMIOLOGIA DA SUSTENTABILIDADE PARA SE EVITAR A VIOLÊNCIA CONTRA A NATUREZA NO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIOAMBIENTAL

Leilane Serratini Grubba[*]
Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino[*]

"A falta de preocupação por medir os danos à natureza e o impacto ambiental das decisões é apenas o reflexo evidente do desinteresse em reconhecer a mensagem que a natureza traz inscrita nas suas próprias estruturas. Quando, na própria realidade, não se reconhece a importância de um pobre, de um embrião humano, de uma pessoa com deficiência – só para dar alguns exemplos -, dificilmente se saberá escutar os gritos da própria natureza[1]".

[*]Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestranda Interdisciplinar em Ciências Humanas na Universidade Federal Fronteira Sul (UFFS). Estágio de Pós-doutoramento concluído na Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Professora da Escola de Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional (IMED). Pesquisadora da Fundação Meridional. Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa FUNDDIH - Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos (IMED/CNPq). Pesquisadora Coordenadora do Projeto de Pesquisa e Extensão CineLaw - Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o Empoderamento (CNPq/IMED), apoiado pelo Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) e pelo Programa Youth for Human Rights (YHRB). Membro do Corpo Diplomático e Consultora de Projetos do Programa Youth for Human Rights (YHRB). Publicou os livros "O Essencialismo nos Direitos Humanos", "Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano", "Conhecer Direito I" e "Conhecer Direito II". Atualmente tem como tema central de pesquisa os Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Direito & Cinema.

[*]Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2013). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Especialização em Administração pela Universidade Independente de Lisboa em convênio com a Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC (2005) e Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2003). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) - Mestrado - da Faculdade Meridional - IMED. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional - IMED. Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a Teoria da Justica de Amartya Sen. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cinema, Direitos Humanos e Sociedade: vias para o empoderamento - CINELAW - da Faculdade Meridional - IMED. Membro associado da Associação Brasileira de Ensino de Direito - ABEDi. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade, do Instituto Blumenauense de Ensino Superior.Tem experiência na área de Direito, com ênfase nos seguintes temas: Ética, Direitos Humanos, Sustentabilidade, Política Jurídica, Filosofia, Direito na Pós-Modernidade.

[1] FRANCISCO. **Laudato si**: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015, p. 74.

Resumo

A sustentabilidade, enquanto categoria filosófica e jurídica, é objeto do estudo que se apresenta por meio deste artigo jurídico. Objetiva-se analisar os fundamentos da semiologia da sustentabilidade, para que seja possível evitar a violência, no Estado Constitucional Socioambiental, contra a natureza. Para este estudo, considera-se a interligação necessária dos seres humanos entre si e para com o mundo natural. Problematiza-se como a semiologia da sustentabilidade pode e deve orientar as ações do próprio Estado Constitucional Socioambiental para desvendar as diferentes linguagens na interação entre todos os seres humanos para se preservar, desenvolver e cultivar a vida em seu sentido mais amplo. Utiliza-se, como critério metodológico para a investigação, o método indutivo, apresentando, como premissa menor, a ênfase compreensiva determinada pela Semiologia da Sustentabilidade, e, como premissa maior, as contribuições semiológicas que desvelam a interação entre todos os seres vivos como fundamento de aperfeiçoamento às atividades protetivas de um Estado Constitucional Socioambiental. Utilizam-se como técnicas, ademais, a pesquisa Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional.

Palavras-Chaves: Semiologia; Filosofia; Direito Ambiental; Sustentabilidade; Estado Constitucional.

BASIS OF SUSTAINABILITY SEMIOLOGY TO AVOID VIOLENCE AGAINST NATURE IN THE CONSTITUTIONAL SOCIAL ENVIRONMENTAL STATE

Abstract

Sustainability, as a philosophical and legal category, is the object of the study presented through this legal article. The objective is to analyze the fundamentals of sustainability semiology, so it is possible to avoid violence, in the Constitutional Socio-environmental State, against nature. For this study, we consider the necessary interconnection of human beings with each other and with the natural world. It questions how the semiology of sustainability can and should guide the actions of the Socio-Environmental Constitutional State itself to unveil the different languages in the interaction between all human beings to preserve, develop and cultivate life in its broadest sense. As the methodological criterion for the investigation, the inductive method is used, presenting, as a minor premise, the comprehensive emphasis determined by Sustainability Semiology, and, as a major premise, the semiological contributions that unveil the interaction between all living beings as the foundation. improving the protective activities of a socio-environmental constitutional state. Also used as techniques are Bibliographic research, Category and Operational Concept.

Key words: Semiology; Philosophy; Environmental Law; Sustainability; Constitutional State.

1 INTRODUÇÃO

Sustentabilidade não é apenas uma ideia na qual se determinam as estratégias humanas de cuidado e preservação do mundo natural. Não se trata de algo que a capacidade racional e dedutiva humana elaborou para trazer benefícios de uma vida qualitativa a todos. A mencionada categoria, objeto deste estudo, demonstra tão somente como a Terra *vive*, se autorregenera e cria condições para permitir e ampliar o fluxo da vida nessa pluralidade de ambientes.

Trata-se de uma visão que é definida por Capra[2] como uma interconexão de fenômenos independentes, na qual todos os seres vivos detêm o mesmo valor – valor intrínseco. Mais do que isso, trata-se de uma concepção de espírito humano "[...] en-

[2] CAPRA. Fritiof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 25.

tendida como o modo de consciência no qual o indivíduo tem uma sensação de pertinência, de conexidade, com o cosmos como um todo, torna-se claro que a percepção ecológica é espiritual na sua essência mais profunda[3]".

Não é possível que se possa admitir diferentes modos de violência contra esse *Lar Comum*, esse *novo sujeito* que se manifesta perante cada ser humano e acolhe todas as vidas. O exagero do domínio antropocêntrico, incluindo, especialmente, os modos de comunicação com a Terra, demonstra o desprezo e marginalidade da Natureza ante os interesses (econômicos, tecnológicos, políticos, jurídicos, culturais, entre outros) das pessoas no globo.

Se, por um lado, o antropocentrismo percebe o ser humano como um ser fora da natureza e a natureza como uma reserva de recursos para o ser humano, considerando que seu valor natural advém da possibilidade de sua exploração, por outro lado, percebe-se que essa indiferença e destruição desmedidas rompe a tentativa de se *ouvir, de se dialogar*, com todos os seres vivos que constituem a enorme biodiversidade terrena. Por esse motivo, parece necessário insistir na identificação dos *diferentes lugares de sentido* aos quais a Sustentabilidade se faz presente.

Sob semelhante argumento, observa-se, ainda, *o que é* Sustentabilidade e como a sua conversão em ação humana – denominada Desenvolvimento Sustentável[4] – distribui um grau de equilíbrio, de serenidade ao se respeitar cada ser *como ele de fato é*. Todas as criaturas estão interligadas. Todas mantêm uma relação simbiótica a qual perpetua essa convivência harmoniosa. Entretanto, na medida em que os ciclos regenerativos da Natureza não podem, ou melhor, não devem *atrasar*, tampouco *impedir* o contínuo (e infinito) progresso determinado para as *gerações presentes e futuras*, exploram-se, livremente, esses domínios no intuito de *demarcar* a Terra como propriedade desse círculo antropocêntrico.

Por esse motivo, a Semiologia[5] da Sustentabilidade possui um desafio peculiar nesse início de Século XXI, qual seja, de esclarecer aos humanos a pluralidade de vozes que se manifestam no mundo e não são ouvidas porque essas não se adéquam aos graus de racionalidade, de *Língua* e *Fala*, criada, historicamente, pelas diferentes culturas dos homens e mulheres ao redor do globo. As linguagens as quais aparecem no mundo pelo diálogo entre seres humanos e a Natureza indicam um enigma ainda não claro para a compreensão antropológica[6]: disseminar e cuidar da vida é algo na

[3] CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 25.

[4] "O desenvolvimento sustentável traz implícita a necessidade de escolha de um padrão de vida compatível com os princípios que o fundamentam, juntamente com as necessidades, as demandas, incluídas aquelas que as futuras gerações, e os bens disponíveis. Cabe, nesse sentido, reafirmar novamente os limites específicos de cada instituição para uma estruturação justa e segura das sociedades. A imposição de vontade exclusiva de uma instituição ou grupo, sobrepondo seus mecanismos e interesses, por mais sensatos e bem intencionados que possam ser, afronta uma condição de sustentabilidade na sua origem". ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012, p. 141.

[5] A semiologia faz parte da espinha dorsal do pensamento waratiano, que assume diferentes concepções, como a semiologia analítica, a semiologia do poder e a semiologia do desejo. Isso porque a preocupação do pensador foi com o discurso no direito. Considerando o direito como linguagem, Warat buscou analisar os estudos linguísticos com os lógicos. ATIENZA, Manuel. **La filosofía del derecho argentina actual**. Buenos Aires, Depalma, 1984. P. 288.

[6] "Toda expressão possui um número considerável de implicações não manifestas. A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas. *O sentido gira em torno do dito e do calado*.

qual *todos* realizam. A sua preservação não detém titulares exclusivos, já que *somos todos interligados*[7] *e todos se beneficiam mutuamente de qualquer melhoria ao aperfeiçoamento da vida*.

A Semiologia da Sustentabilidade, nessa linha de pensamento, deve orientar as ações do Estado Constitucional Socioambiental para des-vendar as diferentes linguagens nessa interação entre todos para se preservar, desenvolver e cultivar a vida no seu sentido mais amplo. O desafio semiológico é identificar o belo mosaico de vozes que surgem nessa relação *entre todos os seres vivos* a fim de se compreender a profundidade oceânica dessa ligação *entre tudo e todos*. Mitiga-se, para os fins o objetivo mencionado, qualquer vestígio de dominação e de *colonização* do ser humano perante o mundo natural.

Se o alicerce do Estado reside na sua Constituição como expressão ética e jurídica de uma comunidade, parece razoável, especialmente num ambiente democrático, garantir que a cada (novo) sujeito se assegure condições mínimas de proteção da vida. Por esse motivo, verifica-se as limitações de se mencionar tão somente uma *Dignidade da Pessoa Humana*. É necessário ampliar essa paisagem, para que seja capaz de abrigar humanos e não humanos. Ou seja, insiste-se numa verdadeira *Dignitas Terrae* a qual não é *utopia transformada em quimera*[8], mas a maturação de uma convivência desejável, cuja proximidade e benefícios mútuos reinventam o distanciamento (e estranhamento) causado pela relação *sujeito-objeto*.

A partir desses argumentos, o critério metodológico utilizado para a investigação de abordagem e a base lógica do relato dos resultados apresentados neste estudo reside no Método Indutivo[9], cuja premissa menor é a ênfase compreensiva determinada pela Semiologia da Sustentabilidade. A premissa maior revela-se pelas contribuições semiológicas que desvelam a interação entre todos os seres vivos como fundamento de aperfeiçoamento às atividades protetivas de um Estado Constitucional Socioambiental. As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica[10], a Categoria[11] e o Conceito Operacional[12].

Desta forma, o êxito de uma comunicação depende de como o receptor possa interpretar o sentido latente. [...] Necessita-se, assim, para a interpretação do sentido de uma mensagem, de um processo de articulação entre os sentidos manifestos e os latentes. Um uso ou função da linguagem pode ser visto como *um nível de análise que nos elucida das relações entre os sentidos manifestos e os encobertos de um termo, expressão ou discurso*. WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 65. Grifos originais da obra estudada.

[7] Trata-se de pensar que os seres humanos estão interligados entre si e, além disso, interligados com a natureza – o Planeta Terra.

[8] "[...] A Quimera, figura de alhures, é certamente utopista pelo fato de que através dela se percebe o processo de destruição/reconstrução que leva de um mundo real a um outro mundo real (suposto): o ser fantástico mostra que o real atual é ordem relativa que uma desordem poderia transformar em outra ordem. Mas Utopia não é uma Quimera: ela é (imaginariamente) o tempo do processo, ou seja, uma nova realidade cuja essência aparece diretamente na existência". LACROIX, Jean-Yves. **A utopia**: um convite à filosofia. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 65.

[9] Para Pasold, trata-se da "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

[10] Segundo o mencionado autor: "[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática, p. 207.

[11] Nas palavras de Pasold: "[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia**". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 25. Grifos originais da obra em estudo.

[12] Reitera-se conforme Pasold: "[...] **uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos** [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da**

O problema de pesquisa formulado para esta pesquisa pode ser descrito pela seguinte indagação: é possível, a partir de uma postura Antropocêntrica, estimular uma Semiologia da Sustentabilidade, principalmente na dimensão ambiental, a fim de verificar se todos os seres vivos, nas suas diferentes linguagens, são destinatários das melhorias promovidas pela interação entre humanos e não humanos?

A hipótese ou teoria explicativa provisória para essa pergunta surge, inicialmente, como positiva, na medida em que a heterogeneidade dos ambientes, culturais ou naturais, parece favorecer a pluralidade de linguagens e conhecimentos, bem como demanda a proximidade entre seres humanos e não humanos, a qual nem sempre se manifesta pela Língua ou Fala[13], característica própria da evolução cultural dos primeiros seres citados. O Estado Constitucional Socioambiental precisa convergir a sua agenda de preservação e integração entre Homem e Natureza, pois ambos são *sujeitos próprios* que coexistem neste Planeta.

O Objetivo Geral deste estudo é determinar como a Semiologia da Sustentabilidade, especialmente na dimensão ambiental, favorece o reconhecimento da Natureza como *ser próprio* a fim de consolidar uma integração simbiótica, seja no cultivo e preservação da vida, seja nas ações estatais que asseguram essa proximidade e interação pela legislação, administração ou interpretação das normas jurídicas.

Os Objetivos Específicos são: (a) esclarecer a importância da Sustentabilidade; (b) definir a Semiologia; (c) avaliar a necessidade de uma Semiologia da Sustentabilidade; (d) reconhecer a natureza como *ser próprio*; e (e) identificar a necessidade da preservação de humanos e não humanos por meio do Estado Constitucional Socioambiental pela expressão *Dignitas Terrae*.

Os referenciais teóricos deste artigo são expressos pelo pensamento de autores como Saussure, Gudynas, Warat e Leff. Buscam-se, ainda, outras leituras as quais apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) de determinadas categorias apresentadas neste estudo.

2 ELOGIO À SEMIOLOGIA DA SUSTENTABILIDADE

O mundo se comunica. *Tudo no mundo e todos os seres* estabelecem diferentes linguagens, diferentes condições para se estabelecer um mínimo de entendimento, não obstante cada *jogo linguístico* tenha as suas características. A Semiologia, nessa linha de pensamento, surge como uma ciência na qual estuda "[...] a vida dos signos no seio da vida social".

---

pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 37. Grifos originais da obra em estudo. Toda Categoria que aparece neste estudo será destacada com letra maiúscula.

[13] Para Popper[13], existe a conjectura de que a evolução do ser humano lhe conferiu algo de especificamente humano, ou seja, o instinto genético de adquirir, por imitação, uma linguagem específica e apropriada como veículo do conhecimento objetivo, que resultou no conjunto de quatro teses. A mais importante, para ser mencionada neste estudo, é a tese primeira, qual seja: o homem se diferencia dos animais pela peculiaridade da linguagem. Diferentemente da linguagem dos animais, que não transcende a função de disposição, a linguagem humana preenche pelo menos duas funções superiores, quais sejam: descritiva/informativa e argumentativa/crítica, típicas dos seres humanos e que formam a linguagem na qualidade de área primeira e básica do mundo das ideias, das criações mentais. POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 104.

O *signo*, nessa linha de pensamento, representa ponto teórico de articulação entre o conceito de uma palavra ou expressão - *significado* - e o seu indício material - *significante*[14]. Explicita-se, conforme a Razão, aquilo que se manifesta diante do *Eu* porque o *Tu* é desconhecido, obscuro, sem o qual não se consegue determinar os primeiros momentos comunicativos.

Não existe, segundo Saussure, um *signo* puramente abstrato. A interação *significado-significante* tem importância para o desenvolvimento da Língua[15] porque desenvolve os estudos da Linguística. Nesse sentido, segundo o autor:

> Os signos que a língua se compõe não são abstrações, mas objetos reais [...]; é deles e de suas relações que a Linguística se ocupa; podem ser chamados *entidades concretas* desta ciência. [...] A entidade linguística só existe pela associação do significante e do significado [...]; se retiver apenas um desses elementos, ela se desvanece; em lugar de um objeto concreto, tem-se uma pura abstração[16].

Esse movimento de contínua transformação sócio-histórico-cultural possibilita o desenvolvimento das diferentes comunicações, bem como sinaliza a quantidade de horizontes os quais possibilitam – mais e mais – a reinvenção entre os sujeitos plurais que aparecem nas interações existenciais do ser humano com o mundo natural.

A Semiologia, portanto, insiste numa importante função pedagógica: rememorar, constantemente, que a Humanidade não é a única capaz de produzir significados a partir dos múltiplos significantes. O mundo, como se afirmou, dialogo conosco, de modo permanente. Quando alguém, por exemplo, se encontra numa situação contemplativa, à beira do mar, olhando para o avermelhado crepúsculo, e, de repente, uma lágrima aparece em seu rosto, tem-se, nesse momento, um diálogo. Houve, sim, comunicação entre o sujeito sentado à beira do mar e o mundo, expresso pelo pôr-do-sol capaz de estimular, de provocar algo nos domínios do "Eu".

Nesse sentido se entende a semiologia política de Warat, que deve constituir-se num espaço contradiscursivamente deslocado da oficial semiologia, que considera fornecer um diferente modo de compreensão dos fenômenos políticos de significação da sociedade. Segundo o autor, a semiologia política associa-se à retórica oficial do discurso da retórica do corpo. Por meio dessa retórica, tenta-se "[...] demonstrar como os discursos não somente persuadem, mas também procuram se apoderar dos corpos. O discurso, ligado à ideologia, tende a se desterritorializar do registro exclusivamente simbólico, para invadir os sujeitos"[17].

---

[14] "[...] Os significantes, por sua vez, só são tais em razão do significado, pois, do contrário, seriam uma massa amorfa de sons, de gestos, de objetos". WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** p. 25.

[15] "[...] Enquanto a linguagem é heterogênea, a língua assim delimitada é de natureza homogênea: constitui-se num sistema de signos onde, de essencial, só existe a união do sentido e da imagem acústica, e onde as duas partes do signo são igualmente psíquicas. [...] A língua é um sistema de signos que exprimem idéias, e é comparável, por isso, à escrita, ao alfabeto dos surdos-mudos, aos ritos simbólicos, às formas de polidez, aos sinais militares [...]. Ela é apenas o principal desses sistemas". SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Tradução de Antonio Chelini. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 23/24.

[16] SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. p. 119.

[17] WARTAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 22ª versão. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984, p. 102.

Observa-se que a Linguagem[18] não é, apenas, uma criação dedutiva de nossa racionalidade, mas uma experiência de *des-coberta* junto com a vida. A Língua, sob diferente ângulo, é uma expressão da Razão humana em ordenar, classificar e identificar os modos particulares – culturais – das relações intersubjetivas. É nesse momento no qual surge uma epifania ecosófica[19]: Tudo está interligado, tudo tem vida, tudo se comunica de diferentes modos, os quais não correspondem aos moldes, aos limites criados pelo *império antropocêntrico*, mas os ultrapassam, se diluem a fim de demonstrar que todos os seres vivem e existem *junto com os humanos*.

A Sustentabilidade, descrita como *signo*, revela a pluralidade de linguagens no mundo. Estabelecem-se formas de comunicação, ainda que não se expressem pela coerência racional da *Fala*[20], mas, para os humanos, é na Língua que se tem esse ponto de partida, de estabilidade para se compreender os horizontes da relação *significante-significado*.

Nessa dimensão citada, a Sustentabilidade não apresenta, de modo profundo, aquele *status* esfíngico, o qual já ocorre na medida em que se tenta esclarecer a relação dos seres humanos *junto com o* mundo, pois a comunicação, aos poucos, alcança outros horizontes os quais não ocorrem tão somente entre humanos, mas também entre os seres humanos e os demais seres vivos, além de entre os seres humanos e a natureza.

Por esse motivo, observa-se certo grau de *acomodação*, de liberdade epistêmica para *humanizar* o estado *cósmico* do mundo, em outras palavras, a diversidade de seres

[18] "Por linguagem, [...], pode-se compreender um *sistema de signos socializados*. A expressão *sistema de signos* representa as inter-relações efetivadas pela linguagem, afirmando que um conjunto de signos não significa algo por si, mas em decorrência de outros elementos, ou seja, o sentido e a enunciação de um signo (ou o seu conjunto) dependem do contexto no qual se insere. Por *socializados* compreende-se a função comunicacional exercida por uma linguagem. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Rumo ao desconhecido**: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o Direito na pós-modernidade. Itajaí, (SC): Editora da UNIVALI, 2011, p. 77/78.

[19] *Me parece que uno de los puntos "ciegos" de la tradición dominante de Occidente, al menos desde el Renacimiento, ha sido justamente el tema de la alteridad "ecosófica". Aunque la tradición semita (judeo-cristiana) haya introducido al discurso ontológico determinista y cerrado de la racionalidad helénico-romana las perspectivas de la "trascendencia", "contingencia" y "relacionalidad", es decir: la no-conmensurabilidad entre el uno y el otro, entre el egocentrismo humano y la resistencia de la trascendencia cósmica, religiosa y espiritual, la racionalidad occidental moderna se ha vuelto nuevamente un logos de la "mismidad", del encerramiento ontológico subjetivo, de la fatalidad que tiene nombres como "la mano invisible del Mercado", "coacción fáctica" (Sachzwang), "crecimiento ilimitado" o "fin de la historia". La crisis civilizatoria actual tiene que ver con el agotamiento de los planteamientos de la modernidad y posmodernidad occidental, planteamientos que se fundamentan básicamente en una falacia que in actu recién se desvirtúa en nuestros días: la expansión humana, en todas sus formas, no tiene límites. O con otras palabras: vivimos supuestamente en un mundo ilimitado. Esta falacia retorna a nuestros preconceptos como bumerán, en forma de los colapsos de eco- y biosistemas, mercados financieros hiper volátiles, necro-combustibles, hambrunas y revueltas políticas de las personas que siempre han sufrido las limitaciones reales de su mundo. Existe un solo crecimiento aparentemente "ilimitado" que se llama "cáncer", y todos/as sabemos que sólo llega a su fin en la muerte. Esta falacia fue expresada por Hegel en forma insuperable al identificar la filosofía de lo absoluto con la filosofía absoluta, es decir: con el espíritu occidental moderno. El "afán infinito" (unendliches Streben) de Fichte, desencadenado sobre la Naturaleza "ciega y sorda", se ha convertido en avaricia ilimitada, en explotación y acumulación de bienes y dinero en forma desenfrenada. El homo oeconomicus de la actualidad no es otra cosa que la manifestación materializada de la absolutización del sujeto humano, planteado de distintas maneras por la filosofía occidental moderna.* ESTERMANN, Josef. Ecosofía andina: Un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de Vivir Bien. **FAIA - Revista de Filosofía Afro-In do-Americana**, VOL. II, N° IX-X, AÑO 2013, España, p. 2.

[20] "A fala é, ao contrário, um ato individual de vontade e inteligência, no qual convém distinguir: 1o, as combinações pelas quais o falante realiza o código da língua no propósito de exprimir o pensamento pessoal; 2o, o mecanismo psicofísico que lhe permite exteriorizar essas combinações". SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. p. 22.

e linguagens cedem espaço, ou melhor, se adequam conforme os parâmetros de compreensão enunciados pela Razão humana, cujos destinatários serão tão somente...os humanos. O mundo, a partir dessa postura, torna-se mais pobre, tedioso, medíocre. O diálogo torna-se um enfadonho monólogo do *Homem com o Homem* pelas sendas racionais da Língua.

Parece ser necessário retomar o conceito de carnavalização epistemológica de Warat[21], isto é, a carnavalização do ente social e do conhecimento jurídico. Trata-se, para o pensador, de uma tentativa de subverter todo o que foi instituído por meio de um consenso forjado. A carnavalização é uma categoria que permite pensar o direito e a sociedade como espaços plurais de garantia dos desejos humanos e de versões alternativas do mundo, como a ideia de Sustentabilidade.

Não se deve insistir, a partir dessa linha de pensamento, nas posturas arbitrárias[22] para se determinar *o que é* ou *o que não é* a Sustentabilidade. Fora da dimensão da Língua, a referida categoria não possui um *fio condutor*, tal como fez a Princesa Ariadne com o herói Teseu no Labirinto do Minotauro, na Ilha de Creta. No território da *Fala*, por exemplo, a Sustentabilidade é apenas uma práxis ideológica para atender aos interesses, aos objetivos daqueles que conseguem algo - especialmente monetário - por meio dessa categoria.

A partir desse território, não se reconhece ninguém fora das fronteiras antropológicas. A Sustentabilidade não aparece como a raiz de um diálogo, cujo conhecimento desvenda, evidencia nossa íntima ligação com todos os outros seres[23]. Os destinatários de uma atitude sustentável serão apenas as gerações presentes e futuras de seres humanos, preocupados, angustiados em avançar sempre pelas vias do progresso, da alta racionalidade para se afirmarem, historicamente, como a espécie dominante na Terra. Essa é a (persistente) tentativa de eliminar o "Outro absolutamente Outro[24]" na medida em que o ego antropocêntrico prevalece – triunfante – sobre tudo e todos.

Parece urgente carnavalizar o conhecimento antropocêntrico sedimentado, para que se possa ceder lugar à Sustentabilidade. Somente a carnavalização de Warat[25] possibilita uma abertura contra o enclausurante freezer do saber antropocêntrico, formalista e abstrato-ocidental. Por meio do surrealismo e da carnavalização, o pen-

[21] WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul. FISC, 1985, p. 43.

[22] "[...] o signo é arbitrário, na medida em que a relação significante/significado é, em todos os casos da linguagem falada, convencional. Ou seja, é resultante de um acordo entre os usuários, devendo-se acrescentar que a noção de convenção faz referência, na maioria das vezes, a processos implícitos. [...] Quanto mais vaga se torna a convenção, mais o valor do signo varia de acordo com os usuários". WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** p. 27.

[23] "[...] a fonte de todo conhecimento encontra-se no *cômputo* do ser, celular, indissociável da qualidade do ser vivo e do indivíduo-sujeito. 'Eu sou, eu me conheço, eu quero', dizia Santo Agostinho, exprimindo assim três aspectos da existência subjetiva. Na bactéria, esses três aspectos estão indiferenciados no mesmo ato. Quer dizer que a dimensão cognitiva é aí indiferenciada da organização produtora do ser e da organização da ação. Mesmo quando o conhecimento se diferenciará e autonomizará, ela permanecerá inseparável da organização, da ação, do ser. Ser, fazer e conhecer são, no domínio da vida, originalmente indiferenciados e, quando forem diferenciados, continuarão inseparáveis". MORIN, Edgar. **O método 3**: o conhecimento do conhecimento. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008, p. 57.

[24] Segundo Lévinas, "[...] o Outro, absolutamente Outro – Outrem – não limita a liberdade do mesmo. Chamando-o à responsabilidade, implanta-a e justifica-a. A relação com o outro enquanto rosto cura da alergia, é desejo, ensinamento recebido e oposição pacífica do discurso". LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 176.

[25] WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, FISC, 1985, p. 43.

sador possibilita um espaço de abertura e desocultação do instituído, tanto com relação ao saber jurídico ambiental-ocidental, quanto com relação às formas como o mundo se relaciona com o mundo.

A *Semiologia da Sustentabilidade* demonstra, portanto, essa pluralidade de *lugares de sentido*. Entretanto, é necessário que as pessoas *falem* para se ter, continuamente, o desenvolvimento e a clareza de um diálogo que se manifesta entre diferentes *sujeitos*. A partir dessa intervenção semiológica, o projeto de Sustentabilidade, descrito como signo, não permanece na clausura de suas "verdades", não se torna imutável no decorrer do tempo[26], mas representa, por meio da relação *significante-significado,* aquilo no qual expresse o respeito ecosófico por *tudo e todos* segundo as suas próprias características.

Eis o Elogio à *Semiologia da Sustentabilidade:* Cada *lugar de sentido* expresso por esse *signo* – Sustentabilidade - não deve atender, exclusivamente, aos interesses humanos, porém representa-lo, senti-lo e compreende-lo *como é.* Essa atividade pode se iniciar com a *Fala*, mas deve se manifestar, especialmente, na *Língua*, pois nesse lugar o surgimento do Outro diante do "Eu" se torna estável devido à articulação elaborada pela racionalidade humana.

Na dimensão ambiental, por exemplo, não é possível afirmar que Sustentabilidade seja algo próprio para preservar, de modo intergeracional, a presença humana nesse planeta, mas evidencia, esclarece, a importância dessa "Mãe" como Sujeito no qual se aperfeiçoa para se manter viva e estabelecer condições favoráveis à manifestação das vidas.

Esse é o "nó górdio[27]", o desafio proposto para uma *Semiologia da Sustentabilidade* no momento presente. A sua tarefa evidencia a relação *significado-significante* entre o humano e o natural. Ao se reconhecer esse organismo vivo que é a Terra, capaz de se desenvolver, autorregular e autorregenerar sem que haja a presença das pessoas, como "sujeito próprio" entende-se que a ação destinada à sua preservação e melhoria (Desenvolvimento Sustentável) não pode ter como únicos destinatários a espécie humana. O diálogo não é apenas intergeracional, porém maior: interespécies.

Na compreensão humana, a *Semiologia da Sustentabilidade* não revela apenas os critérios, os modos, as epifanias e os desejos de um círculo antropocêntrico. Não se trata, tampouco, de um saber exclusivamente humano, mas uma autêntica Ecosofia[28].

---

[26] "[...] o signo está em condições de alterar-se porque se continua. O que domina, em toda alteração, é a persistência da matéria velha; a infidelidade ao passado é apenas relativa. Eis porque o princípio da alteração baseia-se no princípio da continuidade. [...] Sejam quais forem os fatores de alteração, quer funcionem isoladamente ou combinados, levam sempre a um *deslocamento da relação entre o significado e o significante*. SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. p. 89.

[27] "Ao mesmo tempo em que se tornou incerto para nossas consciências, o mundo tornou-se complexo não apenas no sentido original no termo – o que é tecido em conjunto – mas também no sentido em que a unidade contém em si seu contrário: o planeta se unifica ao mesmo tempo em que se torna cada vez mais fragmentado. Tudo se comunica, tudo está em relação, tudo permite a compreensão, mas, ao mesmo tempo, a incompreensão aumenta cada vez mais. Tudo é solidário, mas ao mesmo tempo tudo é conflituoso. [...] Em vez de seres consideradas como desafios a aceitar, as incertezas e interdependências de nosso mundo complexo surgem como obstáculos insuperáveis que, por sua vez, alimentam a impotência e a rotina diária". MORIN, Edgar. **A minha esquerda**. Tradução de Edgar de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 44/45.

[28] A proposição da Ecosofia em Guattari é essa articulação ético-política entre três registros ecológicos: o ambiental, o das relações humanas e o da subjetividade humana. Segundo o mencionado autor, so-

A articulação linguística entre os seres humanos e a biodiversidade planetária é plurimagética, polifônica, enfim, polissêmica.

Não se trata de perpetuar atitudes ideológicas para justificar, na dimensão da *Língua* e *Fala*, os interesses manifestos e latentes acerca de como explorar todos os domínios sinalizados pela Sustentabilidade a fim de promover relações de ódio, de segregação, de miséria, de eliminação, de posturas excessivamente egoístas, mas de, pelo menos, esclarecer *comumente e minimante aos humanos* a importância da(s) vida(s) que se manifesta no mundo[29].

É a partir desse argumento que a *Semiologia da Sustentabilidade* ganha destaque para que o Estado Constitucional Socioambiental seja capaz de esclarecer as principais indagações dessas relações entre o humano e não-humano, estabelecer condições de uma vida digna para *todos os seres vivos* e cumprir com a sua função social e ambiental.

3 SEMIOLOGIA DA SUSTENTABILIDADE E A UTOPIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIOAMBIENTAL

Este texto tem por objetivo central demonstrar ao(à) leitor(a) que Sustentabilidade é uma palavra polissêmica, cujos significados não podem se dissociar da pluralidade de significantes. A sua delimitação temática se refere à Natureza, ao Meio Ambiente, não obstante seja possível verificar os seus desdobramentos na Cultura, na Economia, na Política, no Direito, no Estado, entre outros. A ênfase na dimensão ambiental não pode se tornar um *nome vazio,* mas evidenciá-la como parceira a fim de se potencializar, de criar, de estimular, de preservar *vida para todos e todas*.

Essa afirmação não pode ser compreendida como algo que jamais acontecerá, jamais se tornará "de carne e osso", ou seja, uma genuína utopia sob o ângulo da Linguagem comum, mas daquilo no qual *pode vir a ser*. Percebe-se, nessa linha de pensamento, que algo está em movimento, que resiste à imposição do Homem como espécie dominante (*ad eternum*) neste Planeta. A *Semiologia da Sustentabilidade*, na dimensão ambiental, não se limita a promover Desenvolvimento Sustentável elaborada por humanos e destinada para humanos, mas reinventa a colaboração entre a Humanidade e a Natureza, sem que haja uma insistente tentativa de *colonização* da primeira sob a segunda, ou, de mudanças severas na biosfera incapaz de abrigar a permanência das pessoas no mundo.

---

mente nessa interação - conflituosa, trágica - entre o "Eu" interior (subjetividade) e o mundo exterior "[...] - seja ela social, animal, vegetal, cósmica - que se encontra assim comprometida numa espécie de movimento geral de implosão e infantilização regressiva. A alteridade tende a perder toda a aspereza". GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, (SP): Papirus, 1990, p. 8.

[29] "[...] Sempre é possível desenvolver uma nova capacidade de sair de si mesmo rumo ao outro. Sem tal capacidade, não se reconhece às outras criaturas o seu valor, não se sente interesse em cuidar de algo para os outros, não se consegue impor limites para evitar o sofrimento ou a degradação do que nos rodeia. A atitude basilar de se autotranscender, rompendo com a consciência isolada e a autorreferencialidade, é a raiz que possibilita todo o cuidado dos outros e do meio ambiente; e faz brotar a reação moral de ter em conta o impacto que possa provocar cada ação e decisão pessoal fora de si mesmo. Quando somos capazes de superar o individualismo, pode-se realmente desenvolver um estilo de vida alternativo e torna-se possível uma mudança relevante na sociedade. FRANCISCO. **Laudato si**: sobre o cuidado da casa comum. p. 121

Teórica e empiricamente, foi a partir dos anos 70, do século XX, que se começou a demonstrar a importância do mundo natural e da igualdade de todos os seres e coisas naturais. Nesse sentido, Arne Naess[30], criador da ideia de ecologia profunda, mostrou a interdependência dos fenômenos e coisas no âmbito do ciclo ecológico. O pensador questiona o modo de vida antropocêntrico, de como os humanos de relacionam consigo, com a sociedade e com a natureza.

A visão profunda de ecologia é, além de pertinente, de extrema importância para a Semiologia da Sustentabilidade. O esclarecimento semiológico na dimensão da Sustentabilidade ambiental precisa consolidar uma verdadeira relação simbiótica entre todos os seres que vivem na Terra. Todos são indispensáveis para se manter os atuais parâmetros de disseminação da vida no território terrestre. Na medida em que essa convivência harmoniosa se torna mais e mais evidente, menor é a interferência (excessiva) dos seres humanos nos ciclos regenerativos da Natureza a fim de atenderem imediatamente todos os seus desejos, presente ou futuros.

Parece ser necessário compreender que não existe uma disjunção entre o humano e o mundo natural: o mundo deve ser visto como uma rede de interconexão de fenômenos interdependentes. Assim, se parece certo que o humano possui um valor intrínseco, também deve ser certo de que a própria naturalidade também o possui. Essa é a visão defendida por Capra[31], para quem a concepção de espírito humano "[...] é entendida como o modo de consciência no qual o indivíduo tem uma sensação de pertinência, de conexidade, com o cosmos como um todo, torna-se claro que a percepção ecológica é espiritual na sua essência mais profunda".

Por esse motivo, é necessário adotar uma postura Biocêntrica[32] em detrimento à Antropocêntrica, para se compreender a importância do mundo natural não como objeto de *livre domínio e exploração*, porém como sujeito no qual deve-se respeito pela sua existência, pois é o Meio Ambiente que oportuniza o *sopro generoso da vida*. Por esse motivo, é necessário rememorar as palavras de Gudynas[33]:

> [...] el biocentrismo al reconocer los valores intrínsecos, especialmente como no-instrumentales, expresa una ruptura con las posturas occidentales tradicionales que son antropocéntricas. Es importante advertir que el biocentrismo no niega que las valoraciones parten del ser humano, sino que insiste en que hay una pluralidad de valores que incluye los valores intrínsecos. Otros aspectos se esta situación se discuten más adelante, pero aquí ya es necessário señalar que esta postura rompe con la pretensión de concebir la valoración económica como la más importante al lidiar con el ambiente, o

[30] NAESS, Arne. The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement. **Inquiry** 16, 1973. p. 96-100.

[31] CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 96.

[32] O Biocentrismo refere-se, também, a outro movimento denominado Ecologia Profunda *(Deep Ecology)*. Nas palavras de Capra: "[...] a ecologia profunda não separa os seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão profundamente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida". CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de São Paulo: Cultrix: 1996. p. 25/26.

[33] GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. **Revista Tabula Rasa**, n. 13, Bogotá, julio-diciembre, 2010, p. 50/51.

> que ésta refleja la esencia de los valores en todo lo que nos rodea. Por el contrario, el biocentrismo alerta que existen muchos otros valores de origen humano, tales como aquellos que son estéticos, religiosos, culturales, etc., les suma valores ecológicos (tales como la riqueza en especies endémicas que existe en un ecosistema), e incorpora los valores intrínsecos. Al reconocer que los seres vivos y su soporte ambiental tienen valores propios más allá de la posible utilidad para los seres humanos, la Naturaleza se vuelve sujeto. Las implicaciones de ese cambio son muy amplias, y van desde el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derecho en los marcos legales, a la generación de nuevas obligaciones hacia ella (o por lo menos, nuevas fundamentaciones para los deberes con el entorno).

Não é possível *sustentar* algo vazio da relação *significado-significante*[34]. A Sustentabilidade ambiental não pode ser *rasa, petrificada, reificada* na busca de medidas econômicas desesperadas pelo crescimento infinito, pela exploração infinita de todos. Nada neste mundo físico é infinito. A insistência do pensamento antropocêntrico cria equívocos *insustentáveis* e amplia (de modo perpétuo) a cartografia da erradicação de tudo que não possa ser reduzido numa Razão Instrumental[35]. Busca-se, nessa linha de pensamento, outras respostas mais plausíveis para se tornar viável os objetivos da Sustentabilidade ambiental.

O desafio semiológico se torna mais intenso quando essa palavra – Sustentabilidade –, especialmente na sua dimensão ambiental, se revela como o signo de orientação das atividades de um Estado no qual concilie as agendas referente à Natureza e à Condição Social. A viabilidade de um *Estado Constitucional Socioambiental* não pode ser simples devaneio, mas realidade na qual reforça essa relação simbiótica entre seres humanos e não humanos. Entretanto, para se evitar *posturas rasas e excessivamente Antropocêntricas*[36], a Semiologia da Sustentabilidade, nesse caso, na dimensão ambiental, precisa ampliar uma Razão Sensível a qual conjugue essa aproximação com a Natureza na constituição de direitos e deveres a serem observados por essa entidade estatal.

---

[34] "A Sustentabilidade, nessa concepção, não pode ser uma expressão antropocêntrica, mas de compreensão biocentrica. Sustentabilidade é um modo de autorregulação e autopreservação da Terra, independente da ação humana. É a sinfonia entoada, segundo a tradição andina, pela Pacha Mama para cuidar e preservar todos os seres vivos no seu interior". AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. O direito em busca de sua humanidade: diálogos errantes. Curitiba: CRV, 2014, p. 31.

[35] Horkheimer rememora os efeitos produzidos pela referida expressão: "A redução da razão a um mero instrumento afeta finalmente até mesmo o seu caráter como instrumento. O espírito antifilosófico que é inseparável do conceito subjetivo de razão, e que na Europa culminou com a perseguição totalitária aos intelectuais, fossem ou não os seus precursores, é sintomático da degradação da razão. Os críticos tradicionalistas e conservadores da civilização cometem um erro fundamental quando atacam a civilização moderna sem atacarem ao mesmo tempo o embrutecimento que é apenas outro aspecto do mesmo processo. O intelecto humano, que tem origens biológicas e sociais, não é uma entidade absoluta, isolada e independente. Foi declarado ser assim apenas como resultado da divisão social do trabalho, a fim de justificar esta última na base da constituição natural do homem". HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2000, p. 61.

[36] A leitura de Sarlet e Fensterseifer, não obstante indiquem essa aproximação de agenda social e ambiental, tendem, contudo, à preservação do humano numa perspectiva intergeracional. Aqui, existe tão somente a *Dignidade da Pessoa Humana*: "[...] Há também que colocar em pauta a garantia de um mínimo em termos de qualidade ambiental nas perspectivas das gerações futuras, a partir da tutela constitucional que lhes foi conferida pelo art. 225, *caput*, da CF88. Tal preservação de um patamar mínimo de qualidade ambiental deve ser atribuída, tanto na forma de deveres de protecão do Estado como na forma de deveres fundamentais dos atores privados, às gerações humanas presentes, de modo a preservar as bases naturais mínimas para o desenvolvimento – e mesmo a possibilidade – da vida das gerações futuras". SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

Percebe-se uma amplitude quanto à preocupação desse Estado, cujas atividades não se restringem à maximização da Dignidade da Pessoa Humana. Numa leitura Antropocêntrica, é muito provável que o cumprimento à referida expressão ocorra à custa da Natureza. Numa leitura Biocêntrica, o cenário é pior: a melhoria de vida para algumas pessoas e/ou ambientes naturais podem surgir pela erradicação de outros seres humanos e outros ecossistemas.

A insistência para uma preservação da vida, no seu sentido mais amplo, precisa surgir pela compreensão não apenas da *Dignidade de Pessoa Humana*, mas de uma *Dignitas Terrae*. Convida-se, portanto, o leitor ou leitora a refletir acerca do conteúdo da *Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra* proclamada em Cochabamba, na Bolívia, nos seus primeiros artigos[37]:

> **Artigo 1. Direitos, liberdade e obrigações fundamentais**: (1) A Mãe Terra é indivisível, a autorregulação da comunidade dos seres entre si, cada um dos quais se define por suas relações dentro desta comunidade e com o Universo como um todo. Aspectos fundamentais destas relações se expressam na presente Declaração como direitos inalienáveis, as liberdades e direitos. (2) Esses direitos fundamentais, liberdades e deveres derivam da mista fonte de existência e são inerentes a todos os seres, portanto são inalienáveis, não podem ser abolidos por lei e não são afetados pela situação política, jurídica ou internacional do país ou território em que um ser existe. (3) Todos os seres têm direito a todos os direitos fundamentais e liberdades reconhecidos por esta Declaração, sem distinção de nenhum tipo, como pode ser entre seres vivos orgânicos e inorgânicos, seres não viventes, ou sobre a base da sensibilidade, da natureza, das espécies e do uso em seres humanos, ou qualquer outra condição. (4) Assim como os seres humanos têm direitos humanos, outros seres também podem ter direitos adicionais, liberdades e deveres que são específicos para sua espécie e apropriados para seu papel e função dentro das comunidades em que existem. (5) Os direitos de cada ser estão limitados pelos direitos de outros seres na medida do necessário para manter integridade, equilíbrio e saúde das comunidades em que existem.
> **Artigo 2. Direitos Fundamentais da Mãe Terra**
> A Mãe Terra tem direito a existir, persistir e continuar os ciclos, estruturas e processos vitais para sustentar a todos os seres.

A Terra tem o direito de existir por si e constitui o lar de uma acentuada biodiversidade de seres. Não é possível que a Dignidade da Pessoa Humana se suplante como imperativo em detrimento à *Dignitas Terrae*. Essa é a expressão, cujo sentido precisa ser des-vendado pela *Semiologia da Sustentabilidade* num Estado Constitucional Socioambiental, pois abriga proteção a todos os seres vivos.

Se o critério – inclusive o normativo[38] - deve ser amplo para se proteger *todos os seres que habitam a Terra*, parece que a função socioambiental de qualquer entidade

[37] Disponível em: http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/atitude/declaracao-universal-direitos-mae-terra-551452.shtml. Acesso em 05 de agosto de 2015. Grifos originais do sítio indicado.

[38] "Não há exemplo de uma tentativa consciente e deliberada de implementar a justiça ecológica na legislação. [...] A utilização prática da justiça ecológica constitui o seu foco no mais amplo contexto ecológico em que a legislação, a administração e a revisão judicial operam. Se estivermos conscientes dos três princípios da justiça ecológica, teremos uma visão mais informada sobre como o Direito Ambiental deve ser concebido e interpretado". BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabili-**

estatal não tem como destinatários as gerações presentes e futuras *de seres humanos*, mas toda vida que, naquele território, se manifesta. Eis, novamente, a insistência da *Carta da Terra,* redigida pelas Nações Unidas, nos seus dois primeiros princípios[39]:

> [...] Terra, Nosso Lar A humanidade é parte de um vasto universo em evolução. A Terra, nosso lar, está viva com uma comunidade de vida única. As forças da natureza fazem da existência uma aventura exigente e incerta, mas a Terra providenciou as condições essenciais para a evolução da vida. A capacidade de recuperação da comunidade da vida e o bem-estar da humanidade dependem da preservação de uma biosfera saudável com todos seus sistemas ecológicos, uma rica variedade de plantas e animais, solos férteis, águas puras e ar limpo. O meio ambiente global com seus recursos finitos é uma preocupação comum de todas as pessoas. A proteção da vitalidade, diversidade e beleza da Terra é um dever sagrado. [...] 1. Respeitar a Terra e a vida em toda sua diversidade. a. Reconhecer que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos. b. Afirmar a fé na dignidade inerente de todos os seres humanos e no potencial intelectual, artístico, ético e espiritual da humanidade. 2. Cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor. a. Aceitar que, com o direito de possuir, administrar e usar os recursos naturais vem o dever de impedir o dano causado ao meio ambiente e de proteger os direitos das pessoas. b. Assumir que o aumento da liberdade, dos conhecimentos e do poder implica responsabilidade na promoção do bem comum.

No caso brasileiro, a Semiologia da Sustentabilidade ambiental precisa *des-cobrir* os argumentos anteriormente mencionados por meio daquilo que enuncia o artigo 225, da nossa Constituição Federal, para que haja o esperado Desenvolvimento Sustentável por meio da condição Biocêntrica em detrimento à Antropocêntrica. O estímulo à compreensão da *Dignitas Terrae* é uma necessidade semiológica capaz de fomentar relações simbióticas entre *sujeitos que co-existem e possibilitam múltiplos cenários de paz, diálogos e conhecimento.*

Percebe-se, com o caso brasileiro, outras diferenças mais significativas numa interpretação Biocêntrica da Constituição de 1988, que aparecem, por exemplo, no caso do Equador. Nesse país, observa-se um genuíno *constitucionalismo ecológico*. Veja-se: A Constituição brasileira, no seu artigo 225, preferiu adotar o *antropocentrismo alargado*[40]. A Natureza, sob esse argumento, não pertence a uma pessoa, mas a todos, ou seja, a titularidade do meio ambiente é de todos. O destinatário de um *meio ambiente sustentável*, percebe-se pela relação *significado-significante,* é, tão somente, o ser humano.

Por outro lado, a Constituição equatoriana, cuja matriz é a Ecologia Profunda, determina a Natureza como Sujeito de Direitos. A redação do artigo 71 observou o

---

dade: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136.

[39] Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2015.

[40] "Nota-se, assim, que a Constituição brasileira não deixa de adotar o antropocentrismo no que concerne ao ambiente. Entretanto, o antropocentrismo é alargado, não se restringindo o ambiente a mera concepção econômica ou de subalternidade direta a interesses humanos. Observa-se, plenamente, contudo, que a autonomia do ambiente, alçada no texto constitucional, é bastante diversa daquela propugnada pela ecologia profunda". LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. *In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.

enunciado – e a inspiração – da *Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra* e da *Carta da Terra.* Aqui, *todos os seres vivos* são os destinatários da preservação do mundo natural porque esse, enquanto Sujeito, possibilita vida em abundância. A leitura do referido artigo se torna necessário para a compreensão dos argumentos apresentados[41]:

> [...] La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneration de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podra exigir a la autoridad publica el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitution, en lo que proceda. El Estado incentivara a las personas naturales y juridicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promovera el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

A Semiologia da Sustentabilidade ambiental contribui no esclarecimento de quais posturas são necessárias para que se observe pelo Legislativo, Executivo e Judiciário a viabilidade de uma Justiça Ecológica[42]. Todos os apelos indicam a necessidade desse reconhecimento entre seres humanos e não humanos para sintetizar um Estado, cuja orientação normativa e política determinada por uma Constituição Socioambiental traga atitudes e instrumentos para preservar *todos os seres vivos os quais habitam aquele território*. A indiferença humana que se manifesta nessa relação interespécies deixou, negativamente, a sua *marca* de domínio e excessiva exploração para seus próprios benefícios.

Essa marca exploratória pode ser vislumbrada em secas, desertificação do solo, enchentes e inundações, tsunamis, dentre outros. Enfim, ela vai dos menores efeitos ambientais aos maiores cataclismos. Além de afetar o meio ambiente e animais não-humanos, a mudança da biosfera e biodiversidade também afeta o humano como um todo, tanto no que tange à alimentação e fome, quanto no que tange aos meios mais básicos de sobrevivência digna, a exemplo do acesso à água potável e limpa[43].

O Estado Constitucional Socioambiental, a partir desses pressupostos semiológicos, não pode criar agendas políticas, executivas ou judiciais, cujo objetivo é o *cultivo*, o *cuidado e a proteção do ser humano* em detrimento à vida que pulsa em diferentes linguagens. Não existe o predomínio da *Dignidade da Pessoa Humana* sob a *Dignitas Ter-*

[41] Disponível em: http://www.inocar.mil.ec/web/images/lotaip/2015/literal_a/base_legal/A._Constitucion_republica_ecuador_2008constitucion.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2015.

[42] "A proximidade do ecocentrismo com a sustentabilidade ecológica é o caminho mais promissor para uma teoria funcional da justiça ecológica. [...] Para se tornar um conceito verdadeiramente ecológico, a justiça precisa chegar ao mundo não humano. [...] o 'elo perdido', tanto no debate sobre o desenvolvimento sustentável como no debate da justiça é o reconhecimento de integridade ecológica. Não é suficiente cuidar dos seres humanos que vivem hoje e amanhã, quando os processos naturais que sustentavam a vida estão em risco. Há uma necessidade de identificar e reconhecer a importância ética e jurídica da integridade ecológica". BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança, p. 129.

[43] É possível uma análise aprofundada sobre os efeitos ambientais nos Relatórios de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas, disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <http://www.pnud.org.br/hdr/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais>. Acesso em 24 de março de 2015. Também é possível visualizar o impacto ambiental sobre os deslocamentos forçados de pessoas. GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antônia Sofia. A proteção internacional aos refugiados ambientais a partir do caso Kiribati. *In., Revista Veredas do Direito*, v. 12, n. 24, 2015. p. 207-226.

rae, pois essa abriga aquela junto com todos os seres que possibilitam a manutenção vital dessa ampla – e rica – biodiversidade planetária. A insistência semiológica, nessa linha de pensamento, oportuniza o esclarecimento necessário para se aperfeiçoar toda e qualquer espécie de Desenvolvimento Sustentável para que haja *vida digna e com respeito aos seres os quais co-existem e necessitam-se mutuamente.*

Caso a *Semiologia da Sustentabilidade*, aplicada à dimensão ambiental, não favoreça a importância da Sustentabilidade como signo a ser continuamente desvelado pela interação entre humanos e não humanos, o Estado Constitucional Socioambiental perde seu significado existencial, pois a preocupação nunca deixou a sua matriz principal: a postura Antropocêntrica diluída com outros nomes, como se observa pelo acréscimo da palavra "alargado". Por esse motivo, a advertência de Leff[44] precisa ser meditada:

> Se entendermos o problema da insustentabilidade da vida no planeta como sintoma de uma crise de civilização – dos fundamentos do projeto societário da modernidade -, será possível compreender que a construção do futuro (sustentável) não pode apoiar-se em falsas certezas sobre a eficácia do mercado e da tecnologia – nem sequer da ecologia – para encontrar o equilíbrio entre crescimento econômico e preservação ambiental. A encruzilhada em que o novo milênio abre seu caminho é um convite à reflexão filosófica, à produção teórica e ao julgamento crítico sobre os fundamentos da modernidade, que permita gerar estratégias conceituais e praxeológicas que orientem um processo de reconstrução social. A complexidade ambiental e os processos de auto-organização geram sinergias positivas que abrem o caminho para uma sociedade sustentável, fundada numa nova racionalidade.

O tempo é de Sustentabilidade. O tempo é de compreender as vozes silentes da vida pelas linguagens expressas além de uma (reduzida) racionalidade humana. É necessária uma reinvenção utópica pela Semiologia da Sustentabilidade para que essa dimensão ecosófica crie, mais e mais, uma relação harmoniosa entre todos os seres vivos, cujo objetivo descrito por atividades estatais, estimule o cultivo, o cuidado, a proximidade e a preservação da vida para tudo e todos na Terra. Eis a função primordial de um Estado Constitucional Socioambiental.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se a importância que o signo Sustentabilidade traz como esclarecimento aos seres humanos acerca de sua cumplicidade *junto com* todos os demais seres vivos que compõem a biodiversidade planetária. É a partir desse perene diálogo, o qual nem sempre ocorre pelas vias da *Língua* e da *Fala*, que se des-venda esse mosaico imagético e *sin-fônico* sempre vivo do mundo.

Esse caleidoscópio de linguagens *vivas* não pode se reduzir, ou, ainda, ser eliminado porque não se adéqua às exigências de uma Razão Instrumental, cujo desejo é o progresso, o crescimento econômico sem limites, capaz de satisfazer, em todos os momentos do tempo, as vontades (insaciáveis) dos seres humanos. É a partir dessa cegueira, desse frenesi pelo *consumismo* que uma relação simbiótica entre seres hu-

[44] LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2011, p. 404.

manos e não humanos se torna obscura ou, ainda, invisível. É improvável ressaltar a importância da Sustentabilidade como *signo* de proximidade entre *todos os seres vivos* se os destinatários de seus benefícios são apenas os seres humanos. Essa parece ser uma mentira existencial significativa.

Por esse motivo, há, sim, a necessidade de uma intervenção semiológica para tornar mais acessível e clara essa interação na qual torna o mundo o autêntico território de manifestação (sinfônica) de todas as linguagens. A *Semiologia da Sustentabilidade* precisa ir até o mundo natural e compreende-lo *exatamente como é.* Na medida em que se *reconhece* cada uma pelas suas próprias características, observa-se, cada vez mais, uma profundidade dialogal a qual não se exaure nos contornos limítrofes do *Eu* racional. Esse domínio alarga seu espaço para encontrar o *Tu* e demonstrar as misérias de um monólogo incapaz de compreender algo fora dessa dimensão interior.

As principais epifanias não se encontram tão somente na *Língua* e na *Fala* dos seres humanos. Sob idêntico argumento, não é possível que essas apareçam por meio de ideais abstratas férteis sem qualquer contato com a vida que pulsa nos diferentes ecossistemas deste Planeta. Se se observar com atenção, todos os filósofos, músicos, cientistas, poetas souberam, de um modo semiológico, compreender a profundidade oceânica de que todos estamos interligados. Souberam, em outras palavras, ouvir e dialogar com a Natureza. Essa convergência – e sensibilidade – os permitiram se eternizar na História.

Sem a Natureza, não é possível viver. Sem que haja a interferência contínua da Terra para manter os parâmetros aceitáveis de disseminação e reprodução da vida, a *grandiosidade da espécie humana* não significa nada. O mundo natural é nosso parceiro para constituir diferentes fontes a fim da vida se tornar abundante.

O desafio semiológico da Sustentabilidade é esclarecer, no decorrer do tempo, que a Natureza não é objeto de livre domínio e incessante exploração, mas *ser próprio*, o qual merece nosso respeito e cuidado. A função pedagógica de uma *Semiologia da Sustentabilidade* é identificar e des-velar as várias linguagens expressas pelo mundo natural para ampliar a sua proximidade com os seres humanos, ou seja, para tornar clara de que *somos todos em um e um em todos.*

A partir dessa contribuição, a Sustentabilidade deixa de atender, exclusivamente, aos interesses humanos, às demandas das presentes e futuras gerações e se torna mais generosa, pois desloca-se a interação *humano-humano* para outra *humano-não humano*. A tarefa não é fácil, especialmente pela persistência histórica de se observar tão somente a *Dignidade da Pessoa Humana* e não a *Dignitas Terrae.* A postura Antropocêntrica, infelizmente, se sobressai à Biocêntrica, cujo intento não é de desprezar, nem eliminar o humano, mas de abrigar *todas as vidas.*

No caso de uma preocupação ambiental, especialmente constitucional, não é viável, nem recomendável, que a legislação adote posturas contrárias àquilo que preconiza o Biocentrismo ou a Ecologia Profunda. Verifica-se, pela Constituição Federal do Brasil no seu artigo 225, a adoção do *antropocentrismo alargado*, cujo objetivo não é de submeter a Natureza às necessidades e exploração econômicas, mas se observa exatamente o *império* de dominação do Homem sobre o Mundo Natural.

A violência contra esse *ser próprio*, o qual é nosso cúmplice de manutenção e disseminação da vida em diferentes lugares, não cessa diante da virtude (?) do progresso ilimitado e do crescimento (econômico) desmedido. O gênero humano não pode acreditar, com ingenuidade, numa promessa messiânica de que irá salvar esse superorganismo vivo que é a Terra. Como qualquer ser, cuja vida pulsa, um dia, irá morrer. Por esse motivo, as várias formas de violência contra os seres vivos e seus habitats podem não destruir o mundo natural, mas aceleram essa data inevitável.

É a partir dessa constatação que a agenda política, jurídica e administrativa de um Estado Constitucional não pode privilegiar os humanos e desprezar o Meio Ambiente, ou, ainda, de submeter esse último sujeito numa exploração livre e desmedida para atender aos interesses dos seres humanos na tentativa de viabilizar o (infinito) progresso.

A Sustentabilidade é esse signo que, desvelado pela Semiologia, oportuniza a metamorfose de nossa compreensão como seres interligados e com responsabilidades morais de cuidado e cultivo os quais se destinam ao outro sujeito: a Natureza. Nessa linha de pensamento, a metamorfose se expressa, ainda, nas atividades típicas do Estado Constitucional, no qual *tenta*, aos poucos, a deslocar sua atenção, também, para outros territórios não humanos. A utopia de uma Semiologia da Sustentabilidade oportuniza o tempo de maturação acerca dessa indispensável amizade entre humanos e não humanos para evidenciar outro mundo, outra realidade possível e desejável.

A hipótese de pesquisa apresentada, provisoriamente, no início deste estudo foi confirmada a partir dos fundamentos teóricos, pois se observa a necessidade de uma intervenção semiológica no signo Sustentabilidade para esclarecer, mais e mais, essa interdependência entre os seres vivos, os quais não podem ser apenas *explorados desmedidamente* pelo ser humano no intuito de se atender aos seus desejos. Sustentabilidade precisa evidenciar essa conexão interespécies para mitigar o desprezo diante do Mundo Natural posta pela relação *sujeito-objeto*.

Essa interação entre humanos e não humanos esclarece a pluralidade da Dignidade a qual não se restringe tão somente ao círculo antropológico, mas ao círculo biológico da qual todos pertencem. Sob igual critério, produz-se saberes de matriz ecosófica na qual alarga as utopias de uma vida mutuamente benéfica. A Semiologia da Sustentabilidade aparece, portanto, como horizonte de uma Esperança Sensata como maturação desse *vínculo biológico comum* indispensável ao objetivo de *todos* viverem sadiamente bem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **O direito em busca de sua humanidade**: diálogos errantes. Curitiba: CRV, 2014.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **Rumo ao desconhecido**: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o Direito na pós-modernidade. Itajaí, (SC): Editora da UNIVALI, 2011.

ATIENZA, Manuel. **La filosofía del derecho argentina actual**. Buenos Aires, Depalma, 1984.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de São Paulo: Cultrix: 1996.

ESTERMANN, Josef. Ecosofía andina: Un paradigma alternativo de convivencia cósmica y de Vivir Bien. **FAIA - Revista de Filosofía Afro-In do-Americana**, VOL. II. N° IX-X. AÑO 2013, España.

FRANCISCO. **Laudato si**: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas, (SP): Papirus, 1990.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. **Revista Tabula Rasa**, n. 13, Bogotá, julio-diciembre, 2010.

GRUBBA, Leilane Serratine; MAFRICA, Chiara Antônia Sofia. A proteção internacional aos refugiados ambientais a partir do caso Kiribati. *In., Revista Veredas do Direito*, v. 12, n. 24, 2015. p. 207-226.

HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2000.

LACROIX, Jean-Yves. **A utopia**: um convite à filosofia. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. *In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.

MORIN, Edgar. **A minha esquerda**. Tradução de Edgar de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MORIN, Edgar. **O método 3**: o conhecimento do conhecimento. Tradução de Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2008.

NAESS, Arne. The Shallow and the Deep, Long-Range Ecology Movement. **Inquiry** 16, 1973.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

POPPER, Karl. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Lisboa: Edições 70, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Tradução de Antonio Chelini. São Paulo: Cultrix, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 22ª versão. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul, FISC, 1985.

_____. **O direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

ZAMBAM, Neuro José. **Amartya Sen**: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável. Passo Fundo: IMED, 2012. **.**

PROPOSTAS DE DESENVOLVIMENTO DA PONDERAÇÃO: UMA ANÁLISE DAS CRÍTICAS DE SIECKMANN SOBRE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY

Anízio Pires Gavião Filho[*]
Pietro Cardia Lorenzonni[*]

Resumo

O presente estudo aborda as críticas de Jan-R Sieckmann à Teoria dos Princípios e faz uma análise das propostas do autor e de sua compatibilidade com o desenvolvimento da ponderação. Considerando a utilização da Teoria de Alexy na doutrina e jurisprudência, principalmente, na relativização de direitos fundamentais e suas consequências práticas, objetiva-se auxiliar no esclarecimento da estrutura da proporcionalidade e contribuir com as críticas para um aperfeiçoamento da obra alexyana. Com isso, ganha-se em uma maior eficiência e proteção aos direitos fundamentais, visto que o desenvolvimento da Teoria dos Princípios diminui os espaços de subjetivismo nas decisões judiciais. Para tanto, procede-se à exposição de três pilares da teoria dos princípios, para depois apresentar as críticas e propostas de aperfeiçoamento. Conclui-se que a crítica tenta ir além do pretendido por Alexy, buscando uma resposta correta, além de propor métodos de comparação entre as decisões já fundamentadas dos operadores do direito – esta parte compatível com a Teoria de Alexy. Para a investigação, adotou-se a metodologia dialética e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chaves

Teoria dos Princípios. Princípios. Ponderação. Decisões Judiciais. Robert Alexy.

PROPOSALS FOR THE DEVELOPMENT OF BALANCING: AN ANALYSIS OF SIECKMANN'S CRITICS ON THE ALEXY'S PRINCIPLES THEORY

Abstract

This essay addresses Jan-R Sieckmann's critics of Principle's Theory and analyzes the author's proposals and their compatibility with the development of balancing. Considering the use of Alexy's Theory in doctrine and jurisprudence, especially in limiting fundamental rights

[*]Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP.

[*]Advogado, com registro na OAB/RS sob o nº 106.962. Tem experiência em Direito Público com foco no Direito Penal, no Direito Administrativo e no Compliance. Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS-RS -, sob a orientação do Prof. Dr. Luiz Lenio Streck. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP-RS. Especialista na Itália em Justica Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália - UNIPI e em Gestão e Docência no Ensino Superior pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor de Teoria do Direito no curso de Direito da Faculdade Monteiro Lobato - FATO-RS. Professor Convidado de Teoria do Direito, Direito Constitucional e Processo Penal na UVERGS, CEADIS, UCS e FMP-RS.

and their consequences, the purpose of this research is to clarify the structure of proportionality and to contribute to an further development of Alexy's work. This way, ensuring the efficiency and protection of the fundamental rights as well as the reduction of the Judiciary's margin of appreciation in constitutional decisions. To do so, we proceed to the exposition of three pillars of Principle's Theory, to then present the critics and proposals of improvement. It is concluded that the critique seek a correct answer, besides proposing methods of comparison between constitutional decisions about fundamental rights - this part compatible with Alexy's Theory. For the research, the dialectical methodology and the bibliographic research technique were adopted.

Keywords
Principles Theory. Principles. Balancing. Judicial decisions. Robert Alexy.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão as críticas de Jan-R Sieckmann sobre a estrutura da ponderação apresentada por Alexy e apontar suas compatibilidades com a Teoria dos Princípios. Parte essencial da crítica refere-se ao papel da ponderação de segundo grau. Nesse sentido, Sieckmann traz propostas de aperfeiçoamento e desenvolvimento da fórmula peso e da proporcionalidade em sentido estrito. A importância do desenvolvimento desta específica parcela da Teoria dos Princípios foi reconhecida pelo próprio professor Robert Alexy, que afirmou a importância da evolução e do estudo do papel da ponderação de segundo nível e dos princípios formais.

Entende-se que o estudo da estrutura da ponderação como objeto do subprincípio da proporcionalidade restrita é fundamental para a proteção e efetivação de direitos fundamentais, visto que será a forma racional de otimizar os diferentes princípios em conflito. A racionalidade nas decisões judiciais não significa que o aspecto subjetivo esteja eliminado. O desenvolvimento da estrutura da ponderação visa diminuir as possíveis discricionariedades dentro do processo decisório baseado no princípio da proporcionalidade, trazendo maior segurança ao ordenamento e efetividade aos direitos fundamentais. Para tanto, as contribuições sobre a ponderação de segundo nível podem auxiliar na redução dos espaços de subjetividade dos julgadores, possibilitando um método racional de comparação de decisões.

Para contribuir com o referido aperfeiçoamento, o artigo abordará três pilares fundamentais da teoria de Alexy, que serão objetos de críticas e propostas de aperfeiçoamento por Sieckmann. Os três pilares serão a lei da colisão, a estrutura da ponderação e a fórmula peso – não se esgotará nenhum desses pontos, o proposto é tecer comentários e breves explicações para permitir a análise das críticas. Também se analisará as propostas centrais de Sieckmann e de uma possível compatibilidade das suas críticas com a Teoria de Alexy. Destarte, apresentar-se-á a ponderação de segundo nível como um desenvolvimento da ponderação de primeiro nível da Teoria dos Princípios. Nas conclusões do artigo, uma análise da ponderação de segundo nível é feita e algumas propostas de Sieckmann são criticadas pela sua incompatibilidade com a teoria base.

2. TRÊS PILARES PARA A COMPREENSÃO DA PONDERAÇÃO DE ALEXY:

2.1 Breves anotações sobre as normas e a lei da colisão

Alexy entende que norma se trata de um gênero, do qual são espécies as regras e os princípios, aqueles como mandamentos definitivos que operam sendo cumpridos ou não cumpridos, e estes como mandamentos de otimização, podendo ser cumpridos em graus diferentes a depender das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto (ALEXY, 2017b, p. 85-108). Na separação entre as normas, Alexy compreende que há duas operações fundamentais na aplicação do direito, uma relativa às regras e outra aos princípios. Assim, a aplicação das regras resolve-se pela subsunção, enquanto a solução da colisão entre princípios resolve-se pela proporcionalidade (ALEXY, 2015, p. 131).

A colisão entre princípios ocorre quando dois mandamentos de otimização mostram-se juridicamente atuantes no caso concreto. Então, trata-se de situação que os princípios jurídicos direcionam para soluções distintas e conflitantes. Caso isoladamente considerados, ambos os princípios conduziriam a uma contradição. Isso porque um princípio conflitante restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro princípio, visto que cada um terá sua força relativa que atuará no caso (DWORKIN, 2001, p. 42-44).

Nisso, entende-se que a colisão de princípios é resolvida com uma solução de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2017b, p. 96). Considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas, essa relação consiste na fixação de condições reais sob as quais um dos princípios em colisão precede o outro (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017, p. 6). Em diferentes circunstâncias, é possível chegar-se em soluções distintas (BARROSO, 2004, p. 357). Na mesma senda, José Sérgio da Silva Cristóvam, analisando Alexy, afirma que o valor conferido a determinado princípio, em uma dada situação, poderá ser diverso em outra ante a mudança do caso concreto (CRISTÓVAM, 2012, p. 137).

No presente artigo, trabalhar-se-á com um caso prático para facilitar a exposição. O caso é o do Recurso Especial 1.243.699 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de uma revista de conotação erótica que publicou, sem autorização, uma fotografia de ângulo provocante de uma mulher de biquíni, enquanto se bronzeava de costas numa praia do Rio de Janeiro, "expondo precisamente suas nádegas, com a seguinte legenda: música para os olhos (e o tato)" (BRASIL, 2016, p. 3). A banhista que teve sua foto publicada ajuizou ação de indenização por uso indevido de imagem e dano moral, alegando violação ao seu direito de imagem (contido no direito da personalidade). Então, o caso é uma colisão entre os direitos fundamentais de personalidade e de liberdade de imprensa, ambos positivados no art. 5º da Constituição Federal.

Aplicando a lei de colisão, cada um dos direitos fundamentais leva a uma decisão contrária à outra. Caso apenas o direito à liberdade de imprensa seja otimizado, o resultado é a publicação irrestrita da foto da mulher de biquíni. Em contrapartida, caso apenas o direito de personalidade seja valorado, poder-se-ia pensar nu-

ma restrição completa da publicação de fotos não autorizadas. Percebe-se, assim, como cada um dos direitos direciona a uma decisão distinta.

De outro giro, o conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a Teoria dos Princípios. A relação de precedência condicionada consiste na priorização de um princípio em colisão sobre o outro nas circunstâncias específicas do caso em análise, que, a partir dela, determinar-se-á a regra que será extraída do caso (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 286). Ela pode ser apresentada na seguinte forma, onde C consiste nas circunstâncias, P1 e P2 são os princípios conflitantes (ALEXY, 2017b, p. 97):

$$(P_1 \mathbf{P} P_2)C^1$$

A colisão será resolvida com as condições que indicam/verificam uma violação a um direito fundamental e que, portanto, a luz da teoria dos direitos fundamentais, é proibida. Assim, estabelecem-se os moldes: se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida. O C, as condições, será o pressuposto fático da regra, que consistirá na proibição da ação que viola direitos fundamentais. Então, é com a relação de precedência condicionada que os princípios dos direitos fundamentais que antes eram *prima facie*, ganham validez definitiva, comportando-se, a partir da lei de colisão, como regras (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 286).

No exemplo da publicação da foto sem autorização na revista, segundo a decisão do Superior Tribunal de Justiça, o princípio à personalidade tem primazia sobre o princípio da liberdade de imprensa, nas circunstâncias concretas do caso julgado no Recurso Especial 1.243.699 (BRASIL, 2016, p. 12). Assim, definiu-se a regra para o caso concreto, qual seja: a publicação de foto em ângulo provocante da mulher de biquíni numa revista de conotação erótica sem autorização e com motivação econômica (e não informativa) constitui uma violação aos direitos fundamentais, portanto, a autora fez jus à ressarcimento de vinte mil reais por danos morais.

Pode-se inverter o modelo, entendendo que a relação de precedência condicionada, aplicada num conflito de princípios sob as circunstâncias concretas específicas, determinará qual princípio deverá prevalecer para não ocorrer violação aos direitos fundamentais. E, assim, determinar-se-á uma regra em equilíbrio com os direitos fundamentais do princípio que tiver primazia. Essa regra expressará a consequência jurídica do princípio que tem precedência. No caso exemplificado: poderia ser uma regra como não se deve publicar foto sem autorização em ângulo provocante de mulher de biquíni numa revista de conotação erótica e com motivação econômica.

Destarte, cita-se a lei de colisão que determina: "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência" (ALEXY, 2017b, p. 97). A lei de colisão é como se compõe a regra para o caso concreto que resulta da ponderação.

[1] Aqui, P1 corresponde ao princípio conflitante que tem primazia, P2 corresponde ao princípio que sofrerá a intervenção. **P** simboliza a precedência de um sobre o outro e C significa as circunstâncias do caso concreto.

2.2 A Ponderação e sua estrutura conforme a Teoria dos Princípios

Outro pilar fundamental da teoria de Alexy e necessário para a investigação das críticas de Sieckmann é a ponderação e sua estrutura. Conforme leciona Alexy (ALEXY, 2017b, p. 117), a ponderação é uma parte daquilo que é exigido por um princípio (os diferentes autores divergem sobre a correta conceituação desta norma, eles também chamam de princípio[2], regra[3], máxima[4] ou postulado normativo[5]) mais amplo – o princípio da proporcionalidade. Esse é dividido em três princípios parciais, quais sejam: o da idoneidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido restrito ou em sentido estrito.

Aqui, é importante ressaltar que não se deve entender o princípio da proporcionalidade com o conceito de princípio comum, em oposição às regras jurídicas, mas como uma regra de interpretação e aplicação do direito, principalmente de interpretação e aplicação de direitos fundamentais. Essencialmente, ela é empregada nos casos da promoção da realização de um direito fundamental que implica a restrição de outros direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 149).

Avançando na análise dos subprincípios, se os princípios são mandamentos de otimização a serem realizados em medida tão alta quanto possível fática e juridicamente, a proporcionalidade e seus subprincípios serão encarregados de sua realização (ALEXY, 2015, p. 110). Os dois primeiros subprincípios serão encarregados da otimização, conforme as possibilidades fáticas; já o subprincípio da proporcionalidade restrita verificará a otimização da norma segundo as possibilidades jurídicas (ÁVILA, 1999, p. 159). A ponderação é o objeto da proporcionalidade em sentido restrito (ALEXY, 2015, p. 111). É a ponderação que permitirá, segundo suas regras, definir a otimização da norma, servindo como um método de aplicação da proporcionalidade restrita.

> Cumpre trazer a baila outros possíveis sentidos de ponderação empregados na doutrina nacional como, por exemplo, a ponderação como técnica (BARROSO, 2004, p. 357):
>
> Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos [...] as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão [...] de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação.

E o de Ana Paula de Barcellos (2005, p. 23): "A ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana, de *balancing*) será entendida neste estudo

[2] Ver a tradução de Luís Afonso Heck (ALEXY, 2015).
[3] Ver a opção de Virgílio Afonso da Silva (DA SILVA, 2002). .
[4] Ver a opção de Virgílio Afonso da Silva na tradução de *teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy (ALEXY, 2017B).
[5] Ver a formulação de Humberto Ávila (ÁVILA, 2016).

como a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais". No caso, é importante demonstrar que a ponderação em análise é aquela feita pelos operadores do direito no momento da decisão judicial. Como afirmou Ana Paula de Barcellos, trata-se da ponderação jurídica (BARCELLOS, 2005, p. 99), o que não significa que outros poderes não necessitem, em certos casos, ponderar direitos antes de tomar decisões.

Uma vez rapidamente investigada a ponderação, principalmente como objeto do subprincípio da proporcionalidade restrita e método típico da aplicação dos princípios por parte do Judiciário, cumpre sucintamente demonstrar seus passos. A primeira lei para compreender a ponderação proposta pela Teoria dos Princípios é a lei da ponderação: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio P2, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro P1, conforme define Alexy (2015, p. 133). No caso em tela, P1 seria o princípio de proteção da personalidade e P2 seria o princípio da liberdade de imprensa. O juiz deve decidir conforme o resultado da ponderação dos princípios em colisão(GAVIÃO FILHO, 2010, p. 299).

Nesse caminho, as verificações do grau de prejuízo e do grau de importância devem ser feitas em três passos (ALEXY, 2015, p. 133). A necessária atribuição desses graus também coloca a exigência de escalas refinadas. O uso dessas escalas deve ser suportado por razões, aliando a ponderação com a argumentação jurídica (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 343), na mesma senda de Alexy (2017b, p. 549; 2017a, p. 211). A fórmula peso servirá para equacionar e controlar a relação entre graus de intensidade de intervenção e grau de importância.

Sobre os três passos para verificação, formula-se uma segunda regra da ponderação, dividida em três sub-regras, quais sejam: "o grau de intensidade de intervenção em um princípio P2 deve ser verificado e justificado; grau de importância de realização de um princípio P1 deve ser verificado e justificado; e o grau de intervenção de P2 deve ser justificado pelo grau de importância da realização de P1" (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 301).

As duas primeiras sub-regras regulam diretamente a ação de ponderar, disciplinando como deve ser realizada a ponderação (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017, p. 8). Frisa-se o importante papel da justificação racional. O juiz deve verificar e justificar os graus dos princípios, assim como explicitar o raciocínio empregado em cada um dos passos, a racionalidade da decisão e da estrutura da ponderação depende dessa fundamentação. A terceira regra "corresponde ao núcleo da ponderação. Ela diz qual deve ser o resultado da aplicação dos graus atribuídos pelo juiz no passo anteriores" (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 305).

Nessa senda, segundo leciona Simioni (2014, p. 293), partindo dos princípios como mandamentos de otimização, "a lei da ponderação exige que a decisão por um maior grau de satisfação de um princípio em detrimento de outro precisa ser justificada". Trata-se da fundamentação dos passos como exposto acima.

O primeiro passo da estrutura da ponderação é dado como a verificação da intensidade da intervenção em P2, o que significa investigar uma grandeza concreta

dentro das suas circunstâncias particulares. Isso não se confunde com o peso abstrato do princípio. A grandeza concreta levará em conta as possibilidades fáticas e jurídicas do caso em análise.

A diferenciação entre a grandeza abstrata e concreta é importante para ponderação, visto que justificará a relação de precedência condicionada. A grandeza abstrata virá da posição que o princípio ocupa dentro do ordenamento jurídico constitucional, excluída as circunstâncias do caso concreto. Observa-se que muitas vezes essa grandeza é dada pela prática jurisprudencial dos tribunais (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 306). Aqui, não se leva em consideração as colisões entre princípios, mas o valor deste princípio no ordenamento. Frisa-se, conforme enfoque de Simioni, que Alexy defende que o peso abstrato é uma questão de direito positivo, isso significa que cada constituição pode erigir determinados princípios como mais fundamentais do que outros (SIMIONI, 2014, p. 298).

Assim, exemplifica-se com uma comparação tendo como escopo o ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida é mais importante que o direito à liberdade de atuação geral. Ademais, comparações com outros ordenamentos jurídicos também são possíveis, como: o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico brasileiro é menos importante que o direito à liberdade de imprensa no ordenamento jurídico norte-americano (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017, p. 9). A determinação do peso de um princípio jurídico depende de sua importância material dentro do sistema jurídico. Talvez, se o caso da foto não autorizada na revista de conotação erótica tivesse ocorrido na Suprema Corte Americana, o resultado seria diferente.

O segundo passo da estrutura da ponderação consiste na verificação e justificação da importância da realização de P1, determinando seu grau de importância de realização no caso concreto, além de seu peso abstrato, de forma semelhante como foi feito no princípio que sofre a intervenção. No terceiro passo, os graus atribuídos em cada um dos passos anteriores aos diferentes princípios devem ser postos em relação um com outro (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 317). Assim, pode ser formulada a terceira regra da ponderação: determinado o grau de intensidade de intervenção em um princípio P2 (IP2) e o grau de importância de realização de um princípio P1 (IP1), eles devem ser postos em uma relação de precedência condicionada (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 318).

Observa-se a possibilidade da relação de prevalência determinar um empate, ou seja, postos os graus em relação, nenhum prevalece sobre o outro. Nesses casos, o resultado será dado pelo espaço de ponderação estrutural para a delimitação das competências (ALEXY, 2015, p. 143). Em outras palavras, se ocorrer o empate, o tribunal constitucional não deverá determinar nenhuma consequência jurídica e, com isso, não haverá a realização de uma regra, já que se ficará no âmbito de discricionariedade do poder com maior legitimidade democrática, ou seja, o legislador.

Como já estudado na lei da colisão, quando da relação de prevalência resulta a primazia de um princípio sobre o outro, então, extrai-se uma regra do caso concreto e, com ela, está ordenada a consequência jurídica. Segundo Alexy, do resultado da relação de precedência condicionada decorre uma regra que prescreve a consequên-

cia jurídica do princípio prevalente e, assim, em harmonia com o sistema de direitos fundamentais (ALEXY, 2017b, p. 99). Assim, ordena-se a regra do caso de colisão de princípios, após estabelecida a relação de precedência (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 318).

Importante ressaltar que se trata de uma relação comparativa, como assinalou Sieckmann (2014, p. 267). Comparam-se os princípios em colisão, aquele que intervém e aquele que sofre a intervenção e compara-se dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto para determinar-se qual terá precedência e determinará a consequência jurídica. Percebe-se a frequente necessidade de comparar princípios e de investigar os graus de intensidade de intervenção e importância. Desse ponto, extrai-se a necessidade de mensurar os princípios (ALEXY, 2015, p. 138).

Os passos estudados e propostos, que abrangem uma investigação sobre os graus de intensidade de intervenção e importância de realização, dependem de certa possibilidade de medição em graus. Alexy propõem a criação de uma escala com os graus leve, médio e grave para a atribuição dos graus[6], chamada escala triádica, para possibilitar a comensurabilidade (ALEXY, 2015, p. 138). Recorda-se que a escala triádica, por si só, não afasta a alegada incomensurabilidade da ponderação, pois, também é necessário o ponto de vista uniforme na atribuição de graus de P1 e P2 (ALEXY, 2015, p. 141).

O ponto de vista uniforme é, conforme defende Alexy, o ponto de vista da Constituição. Obviamente, é discutível qual é o grau de prejuízo de certo princípio em determinado caso concreto, usando o ponto de vista da constituição (ALEXY, 2015, p. 142). Contudo, o que se busca não é uma única resposta correta, ou que todos os intérpretes do direito cheguem sempre ao mesmo grau para todos os casos concretos, algo que o próprio Alexy já refutou (ALEXY, 2017a, p. 276), mas a racionalidade da discussão (ALEXY, 2015, p. 142).

Caso utilize-se o ponto de vista do intérprete, a racionalidade cai por terra, pois, "se um intérprete da Constituição dissesse ao outro que a partir de seu ponto de vista vale uma coisa, a partir do outro, o oposto, cada um, portanto, de seu ponto de vista tivesse razão e não só não se equivocam, mas também não podem ser criticados" (ALEXY, 2015, p. 142). Assim, cairia por terra a ponderação, pois ela não seria racional, tampouco haveria algo a partir do qual algo poderia mostrar-se falso. Com o ponto de vista uniforme, ocorre ao contrário. Destarte, "se um discurso racional sobre aquilo que vale por causa da constituição é possível, então um ponto de vista uniforme é possível" (ALEXY, 2015, p. 141).

2.3 A Fórmula peso:

A fórmula peso não é um método matemático de decisão, ela consiste numa verdadeira prova real da ponderação e da argumentação feita pelo julgador que se-

[6] Alexy propõe duas escalas diferentes para mensurar os graus dos princípios, a escala triádica simples e a escala triádica dupla. A primeira é composta por graus leve, médio e grave, já a segunda é organizada em graus leve leve, leve médio, leve grave, médio leve, médio médio, médio grave, grave leve, grave médio e grave grave. As escalas podem ser definidas na fórmula por componentes aritméticos ou geométricos, ou seja, por 1, 2 e 3 ou 1 a 9; ou por 1, 2 e 4, correspondendo ao crescimento exponencial 2^0, 2^1 e 2^2. Consequentemente, na escala triádica dupla, o refinamento é muito maior, principalmente no geométrico, visto que os graus variam de 2^0 a 2^8, ou seja, 1 a 256 (ALEXY, 2015, p. 147-148).

guir as regras propostas por Alexy. Sieckmann (SIECKMANN, 2014, p. 251) defende que é a fórmula peso que determina a aplicação dos princípios jurídicos assim como a subsunção conduz a aplicação das regras. Nesse ponto, discordamos do autor, visto que a fórmula é, em sua essência, uma justificação racional para a estrutura da ponderação já empregada.

Destarte, examina-se relação da diferença, que é o núcleo da fórmula peso e que consiste em uma equação entre o grau de intensidade de intervenção em um princípio e o grau de importância de realização do outro princípio. Exemplifica-se (ALEXY, 2017b, p. 603):

$$G12 = I1/I2$$

A fórmula ampla da intervenção em I2, que permite maior clareza do que é investigado, é definida por IP2C, onde I é intervenção, P2 é o princípio que sofre a intervenção e C é as circunstâncias do caso concreto. Designação detalhada explícita da intensidade da intervenção no princípio 2 no caso concreto é IP2C e sua forma concisa é I2 (= IP2C) (ALEXY, 2017b, p. 602). O mesmo vale para P1, contudo a fórmula será: I1=IP1C, lembrando-se que a investigação será sobre o grau da importância da realização do princípio em análise. Trata-se da investigação de uma grandeza concreta.

De outro giro, para a fórmula peso completa a de se adicionar mais dois elementos tanto para P1 quanto para P2. Os elementos a serem acrescidos são o peso abstrato de cada princípio assim como a segurança de suas suposições empíricas.

O peso abstrato de um princípio é o peso que cabe a ele relativamente a outros princípios independentemente das circunstâncias do caso concreto. Assim: GP2A, onde G é a grandeza abstrata do princípio 2, P2 é o princípio e A corresponde a abstratividade. Designação detalhada explícita do peso abstrato é GP2A e sua forma concisa é G2 (=GP2A). Mais uma vez, determinar-se-á o peso abstrato de P1 com o mesmo raciocínio, contudo a formula será G1 =GP1A (ALEXY, 2017b, p. 604).

O grau de segurança ou certeza da suposição empírica sobre o que a medida significa para a não realização de um princípio e para a realização do outro representa o terceiro par de variáveis da fórmula peso completa (GAVIÃO FILHO; LORENZONI, 2017). Nos argumentos empíricos, não se encontra uma certeza constante e uniforme a sustentar as diferentes fundamentações, portanto, há de se conviver com as certezas e incertezas geradas pelas justificações diversas. O mais importante é que a valoração da confiabilidade da fundamentação não seja feita de forma arbitrária. Um dos mais importantes critérios para a exigência da certeza é o da importância, definido pela intensidade de intervenção e peso abstrato do direito fundamental no caso concreto. Em outras palavras, trata-se da regra proposta por Alexy (2015, p. 150): "quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental pesa, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção".

O terceiro par de variáveis será representado por Si e Sj. A formulação completa, então, é Si para SPiC. Contudo, Alexy (2015, p. 148) propõe uma forma de mensurar as variáveis em comento de forma distinta das duas anteriores. O autor estabelece isso

para demonstrar que tanto a força de proteção à restrição do princípio como a força de intervenção do princípio colidente desaparecem com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada um dos lados.

Assim, a fórmula peso completa adquire a seguinte configuração (ALEXY, 2014, p. 515):

$$G12= I1.G1.S1/I2.G2.S2.$$

3. AS PROPOSTAS DE SIECKMANN

Aqui, começa-se a expor as críticas de Sieckmann ao modelo proposto por Alexy. Elas se referem preponderantemente às etapas da ponderação e à justificação pela fórmula peso no estudo "La teoria del derecho de Robert Alexy: análisis y crítica" Nessa senda, as críticas formuladas vem basicamente a partir da concepção de Alexy sobre a lei da colisão, a ponderação e a fórmula peso, conforme análise de Federico de Fazio (2016, p. 193).

Sieckmann entende que não se encontra na concepção da ponderação de Alexy a definição de um resultado ótimo[7], visto que nem na lei da ponderação, tampouco na fórmula peso há uma definição explícita do que seria uma consequência jurídica ótima para a colisão de princípios (SIECKMANN, 2014, p. 249). Assim, o autor propõe uma conceituação do que seria otimização e o resultado ótimo a partir da ponderação e do princípio da proporcionalidade.

Tal conceito vem da concepção de que, na ponderação, devem ser otimizadas exigências opostas que não podem realizar-se integralmente. Então, o resultado ótimo seria aquele que realiza os princípios em conflitos na melhor medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, até aqui, não se afasta do que o próprio Alexy propõe.

Contudo, para a determinação da otimização do resultado da ponderação, serão utilizados, por Sieckmann, dois critérios: o critério de Pareto ótimo e o conceito do peso relativo dos princípios em conflitos, que o autor representa matematicamente por um gráfico com curvas de indiferença. Destarte, segundo o autor referido, a escolha de qual a melhor solução surge da combinação dos dois critérios e, com efeito, não apenas se conceitua um resultado ótimo, mas o resultado ótimo, vinculado com a ideia de correção e de única resposta correta (SIECKMANN, 2014, p. 262).

3.1 Pareto ótimo

Pareto ótimo é um estado que não é possível que ele seja melhorado de maneira relevante sem que seja piorado de outra forma (SIECKMANN, 2014, p. 259). Assim, na concepção da ponderação de princípios, Pareto ótimo seria a regra expressa pela con-

[7] Isto, porque, ao que parece, Sieckmann (2014, p. 256) aproxima-se da busca por uma resposta correta, que viria a partir do resultado ótimo, no qual diferentes julgadores chegariam à mesma resposta sobre o que seria um resultado ótimo. Tal não é a busca de Alexy, como ele mesmo afirma (ALEXY, 2017b, p. 549), que visa, com a ponderação, obter racionalidade com as decisões judiciais, mas não impede que resultados variados sejam igualmente passíveis de uma fundamentação racional. Assim, enquanto Alexy admite e busca apenas critérios de racionalidade para as decisões, Sieckmann visa encontrar uma resposta correta para o caso concreto, que seria resultante dos métodos de comparações de ponderações com o seu uso do Pareto ótimo.

sequência jurídica determinada pelo princípio que tem precedência no caso concreto, no qual não é possível que o princípio seja mais realizado sem intervir mais no outro, assim como não seria possível uma menor intervenção naquele princípio sem que o primeiro seja menos realizado.

O Pareto ótimo também corresponde à exigência do meio alternativo menos lesivo no direito constitucional. Ou seja, na necessidade da adequação da intervenção com a realização do objetivo dela, consistente num exame de idoneidade, segundo Sieckmann (2014, p. 259). Então, o resultado ótimo da ponderação, segundo Sieckmann (2014, p. 262), virá com as soluções que são tanto consideradas Pareto ótimas quanto consideradas como possíveis na curva da indiferença[8] pelo julgador. Então, são as soluções capazes de realizar no maior grau possíveis ambos os princípios em colisão.

3.2 O peso relativo dos princípios em conflito

Aqui, não se busca demonstrar qual é o peso relativo correto que se deve atribuir aos princípios em conflito. Apenas demonstrar que, em uma ponderação de dois princípios conflitantes, se deve determinar a relação normativa relativa ao grau de realização de um princípio que está disposto a comprometer para alcançar certo grau de realização do outro princípio e, ao contrário, quanto se exige de realização de um princípio para justificar certo grau de intervenção ou de perda da realização do outro princípio em conflito (SIECKMANN, 2014, p. 261).

Nessa senda, exemplifica-se com a quantia de indenização dada à mulher que teve o seu direito à personalidade violado pela publicação e circulação de sua foto sem autorização na revista de conotação erótica. Assim, uma restrição maior seria, por exemplo, um valor de cem mil reais de indenização, dando um maior valor ao princípio da personalidade. Ou, quiçá, a proibição de circulação da revista, ante a flagrante ofensa à personalidade da mulher. Contudo, ainda que uma restrição mais severa da liberdade de imprensa possa valorizar o princípio da personalidade, não se restringe de tal modo a desvalorizar a liberdade de imprensa. Com efeito, a proibição de circulação da revista ante a mera publicação da foto inadequada não parece ser proporcional. Se aceita um equilíbrio entre a liberdade de imprensa e a personalidade.

A relação entre as perdas e ganhos jurídico-fundamentais entre a realização de ambos os princípios demonstra o peso relativo que alguém avalia à situação de colisão em análise. Assim, se alguém fundamenta uma indenização de mil reais ante a publicação da foto, estará dando um peso relativo baixo à personalidade. Ou, caso julgue como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou o caso, estar-se-ia atribuindo pesos distintos, valorando a liberdade de imprensa e desvalorizando o direito à person-

[8] A curva da indiferença representa para Sieckmann diversos resultados igualmente bons considerados pelo julgador, assim, o julgador seria indiferente para quaisquer destes resultados racionais considerados. Os resultados considerados bons consistentes na curva da indiferença são as diversas decisões racionalmente possíveis sobre o caso concreto. Aqui, voltando ao já exposto, seriam os resultados que seguiriam as regras da ponderação e argumentação jurídica e, portanto, são decisões racionais. A união entre o Pareto ótimo e a curva da indiferença seria o resultado correto dentro daqueles racionalmente justificáveis e possíveis.

alidade. Nas palavras de Sieckmann (2014, p. 261), "tudo isso não demonstra qual o peso relativo correto a ser atribuído aos princípios em conflitos. Apenas demonstra que em uma ponderação é necessário que se determine a relação normativa dos graus de realização e intervenção de um princípio".

Ademais, a ponderação exige que se limite a possibilidade de restrição de um princípio pelo outro até que se atinja um equilíbrio dentro das circunstâncias fáticas. Aqui, o critério de como o julgador irá valorar os princípios cumpre um importante papel no peso atribuído a eles.

3.3 Pesos relativos abstratos

A representação da ponderação com o auxílio da curva da indiferença utiliza o critério de peso relativo do princípio que foi determinado pela própria ponderação. Nesse norte, Sieckmann entende que o mesmo fundamento não pode ser usado para servir de base de decisão da ponderação, porque o critério decisivo deve ser independente da situação concreta da ponderação (SIECKMANN, 2014, p. 262).

Tal critério independente da colisão de princípios específica - chamado de peso relativo abstrato, pois exclui as circunstâncias do caso concreto – é possível em virtude de outros parâmetros a serem utilizados como outras ponderações já realizadas sobre aquele princípio, o apoio de outros princípios que fundamentam a admissão de um peso relativo maior daquele ou de outro princípio (SIECKMANN, 2014, p. 263). Tais fundamentos se sustentam em diversas formas de argumentos de coerência, mas não eliminam o problema da ponderação (SIECKMANN, 2014, p. 263).

Sieckmann propõem diversas características do peso relativo abstrato de um princípio, são elas: que o peso relativo abstrato deve determinar-se independentemente do caso concreto, servindo não apenas para explicar uma ponderação realizada, mas como critério de futuras ponderações a serem realizadas; que o peso relativo abstrato se define em relação aos graus de realização e restrição feitas; que o peso relativo abstrato vale para um princípio individual, não a um conjunto de princípios em colisão (SIECKMANN, 2014, p. 262). Ressalta-se que o peso relativo não é uma propriedade de um princípio individualmente considerado, mas de quando um princípio se impõe regularmente sobre outros e, com isso, adquire um peso relativo alto. Em outras palavras, o peso relativo alto do princípio individualmente considerado vem da jurisprudência, ou seja, de decisões de colisões entre princípios, nas quais este prevaleceu (SIECKMANN, 2014, p. 265).

Então, uma vez possível determinar o peso relativo de um princípio independentemente do caso concreto da ponderação, pode-se incluir os pesos e graus de realização e intervenção como critérios parcialmente determinadores da ponderação. Assim, o critério da ponderação é que o peso determinado de um princípio é maior que o outro princípio em colisão, em virtude de seu peso relativo abstrato e dos graus de realização e intervenção no caso concreto.

3.4 Diferenças e críticas entre o modelo da otimização e a fórmula peso de Robert Alexy

Várias distinções são observadas entre o modelo de otimização proposto e a fórmula de Alexy, sendo este um dos pontos de Alexy mais criticado por Sieckmann

(DE FAZIO, 2016, p. 197). Sieckmann identifica divergências entre a sua concepção de ponderação para de Alexy, principalmente no momento em que os graus de interferência ou realização dos princípios importarão nas respectivas fórmulas/métodos de avaliação das colisões de direitos fundamentais (SIECKMANN, 2014, p. 273). Alexy, neste ponto, identifica o grau de interferência/realização como a importância do princípio no caso concreto. Já Sieckmann entende o grau de interferência/realização como um critério distinto da importância do princípio. O critério da importância do princípio é descritivo para Sieckmann, ainda que, eventualmente, surja a necessidade de avaliações para sua aplicação, ele se assemelharia ao peso relativo abstrato já exposto. Ademais, no modelo da otimização, o peso do princípio no caso concreto é uma fórmula do seu grau de satisfação e de seu peso relativo abstrato (SIECKMANN, 2014, p. 279). A precedência se determina segundo os pesos concretos dos princípios. Alexy não utiliza esta concepção de peso concreto.

A definição de peso abstrato de um princípio, para Alexy, é completamente independente de todos os casos particulares. Já o modelo da otimização de Sieckmann, entende o peso abstrato do princípio como sendo independente apenas do caso concreto sujeito à decisão, contudo, segue sendo um peso relativo aos casos passados de colisões de princípios que ele atuou (SIECKMANN, 2014, p. 274). Nessa senda, o peso relativo abstrato para Sieckmann (2014, p. 274) será sempre mais alto quanto de mais colisões ele prevaleceu frente a outros princípios. Destarte, Sieckmann critica Alexy defendendo que não se pode entender uma concepção de peso abstrato de um princípio sem analisar os conflitos que ele já teve. Observa-se que enquanto Alexy propõe um ponto de vista uniforme da constituição para avaliar os princípios, principalmente o peso abstrato, Sieckmann parece propor um ponto de vista jurisprudencial, visto que umbilicalmente ligado à solução jurisprudencial de outras colisões de princípios. Então, a proposta de Sieckmann, nesse ponto, pode ser criticada por aumentar o espaço de discricionariedade do julgador, já que a própria jurisprudência não é algo que se desenvolve de forma uniforme ou constante (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 60)[9].

Outra crítica de Sieckmann é sobre a presença das certezas das premissas empíricas dentro da fórmula peso de Alexy. Em contraponto, o modelo da otimização não considera como um fator de ponderação a certeza dos argumentos utilizados, visto que o referido fato não é necessário para explicar a ponderação (SIECKMANN, 2014, p. 275). Isso não significa que a certeza dos argumentos não pode influenciar na ponderação, pois esta possui um importante papel para decisão. Contudo, o que Sieckmann sugere é que elas não devem influir diretamente na determinação sobre qual princípio deve preceder o outro nas circunstâncias do caso concreto. Assim,

[9] Em estudo realizado sobre o ativismo judicial norte-americano, Trindade e Morais observam três fases bem marcantes da jurisprudência estadunidense. Uma fase inicial pautada em um concepção substancial da Constituição americana, sobrepondo-a à legislação infraconstitucional. Uma fase intermediária marcada por uma atuação pautada em componentes políticos. E uma fase moderna, identificada como Corte Warren, em que se operou verdadeira revolução constitucional na preservação dos direitos e garantias fundamentais (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 60). Com efeito, é natural que os diferentes componentes do judiciário, e da corte constitucional especificamente, afetem como se dá a atuação jurisprudencial, o que demonstra a fragilidade do argumento de Sieckmann, visto que menos objetivo que o ponto de vista uniforme da Constituição proposto por Alexy (ALEXY, 2015, p. 141).

"apenas quando da incerteza não se permite chegar a uma determinação dos fatores da ponderação é que a certeza das premissas empíricas terá relevância para a ponderação[10]" (SIECKMANN, 2014, p. 275). Então, ele (2014, p. 277) entende que a certeza das premissas só será relevante para a ponderação quando o resultado dela é atacada por opiniões contrárias baseadas no argumento da (des)confiabilidade dos argumentos.

Além disso, Sieckmann critica a motivação para o uso da função geométrica na escala triádica. Defende o referido autor que na obra de Alexy não ficou claro se a escala geométrica serve para representar uma característica geral da ponderação racional ou uma característica particular dos direitos fundamentais (SIECKMANN, 2014, p. 278). Ou seja, a força crescente da capacidade de resistência de um direito frente a restrições cada vez mais intensas tanto de intervenção quanto na realização é particularidade dos direitos fundamentais ou é um critério da racionalidade da ponderação em geral. Segundo Sieckmann (2014, p. 278), não pode ser as duas coisas ao mesmo tempo.

3.5 A diferença entre ponderação de primeiro nível e ponderação de segundo nível

A diferença entre a ponderação de primeiro nível e de segundo nível é importantíssima para o desenvolvimento da Teoria dos Princípios de Alexy (ALEXY, 2014, p. 524). O papel da ponderação de segundo nível pode variar de autor para autor, sendo este o momento de ponderar princípios formais[11] ou o momento de restringir a discricionariedade do julgador e esclarecer os critérios subjetivos que influenciam nas tomadas de decisões judiciais. Sieckmann escolhe o segundo objetivo.

De maneira semelhante a Carlos Bernal Pulido (2006, p. 18) - que incorpora a visão de mundo do julgador à sua compreensão de ponderação pela influência que ela tem na comensurabilidade dos pesos concreto e abstrato dos princípios em colisão, mesmo que ele parta do ponto de vista uniforme da Ordem Jurídica Constitucional - Sieckmann propõe um modelo de ponderação de segundo nível que permite esclarecer e comparar as diferentes decisões e argumentações no mesmo caso concreto. Antes da análise da ponderação de segundo nível, lembra-se que a falta de objetividade pura do Direito faz parte da sua essência, consoante já argumentou Hans Kelsen (2009, p. 388 e 389).

Nesse sentido, certo grau de subjetivismo do julgador influencia a interpretação do ordenamento jurídico (KELSEN, 2009, p. 387-391) e a concepção de que a aplicação do direito e as decisões judiciais sejam dotadas de completa objetividade é uma ilusão (KELSEN, 1992, p. 84), isto mesmo que se tenha uma mesma base interpretativa. Contudo, a falta de objetividade pura não nega a racionalidade da ponderação (PULIDO, 2006, p.4).

Nesse giro que Sieckmann (2014, p. 280) diferencia dois níveis de ponderação, quais sejam: o primeiro nível, no qual se analisam os argumentos substanciais do con-

[10] Tradução livre. Original: "Solo cuando la incertidumbre no permite llegar a una determinación de los factores de la ponderación tiene relevância para la ponderación".

[11] Aqui deve ficar claro que quando se fala em princípios formais, refere-se aos princípios formais como propostos por Alexy (2014, p. 515) e não aos princípios formais como propostos pelo modelo kelseniano (KELSEN, 2009).

flito de princípios – a que serve toda a formulação de ponderação estruturada por Alexy -; e a ponderação de segundo nível, na qual se avalia a reflexão intersubjetiva de cada um dos aplicadores do direito no caso concreto para se determinar, de todas as soluções racionais possíveis fática e juridicamente propostas, qual se deve seguir. Lembra-se que Sieckmann, ao contrário de Alexy, parece buscar uma resposta correta, ou, pelo menos, a resposta mais correta e com menor grau de subjetivismo.

Nessa senda, na ponderação de primeiro nível, analisam-se os graus de intervenção e de realização dos princípios conflitantes e de seus pesos relativos abstratos. I refere-se a realização ou intervenção de determinado princípio. G, por sua vez, relaciona-se com o peso relativo abstrato proposto por Sieckmann. Ainda, W significa o peso combinado do princípio determinado a ser calculado na fórmula peso ou no modelo de otimização. Sieckmann propõe uma fórmula matemática representada por (SIECKMANN, 2014, p. 281):

$$W1>W2 \text{ , onde } W1 = I1 \times G1 \text{ e } W2 = I2 \times G2.$$

Assim, o critério de precedência condicionada seria:

$$I1 \times G1 > I2 \times G2$$

Caso exista controvérsia acerca da solução correta, diversos aplicadores do Direito sustentariam posições de importâncias distintas para a relação de precedência condicionada dos princípios conflitantes. Assim, a força que cada um atribui a sua posição seria representada pelo quociente da importância que cada um deles atribui para a relação de precedência condicionada (SIECKMANN, 2014, p. 281). F, então, significa a relação de precedência condicionada fundamentada pelo julgador a. Matematicamente seria (SIECKMANN, 2014, p. 281):

$$F\ 1,2,a = W1,a/W2,a$$

Já a posição do aplicador do direito B seria:

$$F\ 1,2,b = W1,b/W2,b$$

Ademais, as posições podem ser mais ou menos confiáveis. Isto pode ser representado pelos fatores Ra e Rb (SIECKMANN, 2014, p. 281). Então, o critério para a ponderação de segundo nível é o produto da força que um agente atribui para sua posição multiplicada pela confiabilidade de sua posição. Sendo assim, pode-se por A em uma relação com a posição de B, observa-se (SIECKMANN, 2014, p. 281):

$$F1,2,a \times Ra > F1,2,B \times Rb$$

Para melhor compreensão, retorna-se ao exemplo já utilizado, o Recurso Especial 1.243.699, que trata sobre a colisão entre os direitos fundamentais de personalidade da mulher que foi de biquíni à praia e de liberdade de imprensa da revista que utilizou sua foto sem autorização na revista de cunho erótico. O juízo de primeiro grau, na fundamentação de sua sentença, reconhece a prevalência condicionada do direito de personalidade da autora da ação sobre a liberdade de imprensa, visto que não havia caráter informativo, mas apenas lucrativo, expondo a "imagem da autora, de forma sexual, para o público masculino da revista de propriedade" da ré. A inden-

ização pelo ato ilícito foi fixada em quinze mil reais ante a violação do direito de personalidade da ofendida.

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, argumentando que a revista apenas "retrata a autora como ela se apresentou na praia, em espontânea exposição ao público, com vestimenta que deixa à mostra partes do corpo humano, de modo que a utilização de sua imagem não invadiu sua privacidade", devendo, então, preponderar o direito de liberdade de imprensa. Tal caso demonstra como os diferentes julgadores podem utilizar argumentos racionais distintos para chegar a diferentes conclusões. A maior contribuição de Sieckmann é a de possibilitar uma comparação racional entre as decisões distintas.

Assim, pode-se afirmar que o aplicador do direito A, no caso o juízo de primeiro grau, entendeu pela prevalência do direito de personalidade. Já o aplicador do direito B, no caso o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defendeu a prevalência do direito de liberdade de imprensa. Destarte, Sieckmann propõe, por meio da fórmula anterior apresentada, que se ponham as diferentes ponderações racionais numa relação para se determinar qual a melhor a se seguir, verificando qual a argumentação que melhor se sustenta, conforme o ordenamento jurídico e a argumentação racional.

3. CONCLUSÃO

Sieckmann pretende encontrar uma resposta certa no caso concreto, uma resposta que seja ótima e se siga em detrimento das outras. Apesar de não utilizar a expressão "resposta correta", ele se propõe a achá-la tanto com o segundo nível da ponderação como com a decisão ótima, o que não é a pretensão de Alexy com a fórmula peso. Assim, entende-se que o objetivo de Alexy é formular uma ponderação que permita rebater as críticas da irracionalidade das decisões. O objetivo da fórmula peso é de servir de fórmula real para a conferência do resultado racional estruturado pela lei da colisão. Não há, nas propostas de Alexy, uma tentativa de definir a resposta correta a ser seguida. Esse fato é, inclusive, diversas vezes mencionado pelo próprio autor nas referências ao discursivamente possível.

Nessa senda, caso se examine as propostas dos dois autores e compare-as com o RESP 1.243.699, consoante a Teoria de Alexy, tanto as ponderações feitas pelo juízo de primeiro grau e pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgaram a favor do direito de personalidade, quanto a feita pelo Tribunal de Justiça são racionais, visto que não há uma resposta correta, mas sim uma teoria que traz racionalidade para a ponderação, possibilitando a crítica e, inclusive, resultados distintos, desde que bem fundamentados. Já na ótica de Sieckmann, provavelmente apenas um dos resultados atingiria o Pareto-ótimo por ele proposto e, consequentemente, os outros resultados estariam equivocados, apesar de serem possíveis.

Com efeito, quanto a crítica em si, entende-se que Sieckmann, neste ponto, critica Alexy em algo que ele não se propôs a fazer – que é determinar qual a resposta correta para o caso concreto. Nesse sentido, Sieckmann, utilizando as formulações de Alexy, tenta ir além. Uma vez entendida a ponderação como uma atividade racional, ele pretende buscar qual das decisões racionais e possíveis fática e juridicamente é a melhor para o caso concreto. Com efeito, a fórmula matemática da ponderação de

segundo grau permite uma maior racionalidade, tanto numa eventual busca pela decisão ótima, quanto da própria racionalidade da discussão e crítica das decisões judiciais, pois dá maior clareza as possíveis críticas e diferentes interpretações das diversas situações jurídicas apresentadas ao intérprete do Direito, o que demonstra sua compatibilidade com o desenvolvimento da Teoria dos Princípios.

Quanto às críticas sobre o peso relativos dos princípios, verifica-se uma vinculação que se considera demasiada com a jurisprudência, visto que, em último grau, os precedentes seriam os definidores do peso relativo de cada um dos princípios fundamentais. Entende-se que a jurisprudência e os precedentes constituem não apenas bons argumentos como efetivas garantias de direito, contudo, ser essa a única vinculação em detrimento da própria história constitucional, ordenamento jurídico e possíveis modificações do poder constituinte reformador parece uma escolha equivocada, razão pela qual a crítica, em nossa opinião, não tem o condão de demonstrar algum equívoco na estrutura dos pesos abstratos propostos por Alexy.

Por fim, considera-se que as críticas de Sieckmann discutem importantes pontos da Teoria dos Princípios e efetivamente contribui para o seu desenvolvimento. A ponderação de segundo nível merece estudos aprofundados, já que é um interessantíssimo instrumento de comparação de decisões racionais, tendo valor tanto no controle como na diminuição de subjetivismos nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 4.ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. *Formal principles*: Some replies to critics. In International Journal of Constitutional Law. Vol. 12, I. 3, Julho de 2014, p. 511-524.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 4.ed. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017b.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, nº 215, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1243699/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/06/2016, publicado no DJe em 22/08/2016. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1521146&num_registro=200901083646&data=20160822&formato=PDF >. Acesso em 10 de maio de 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Sobre o Neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais*. Revista da ESMESC, v. 19, n. 25, 2012.

DE FAZIO, Federico. *Sobre la teoria del derecho de Robert Alexy*: Analisis y Crítica de Jan-R Sieckmann. Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, num. 44, 04/2016, Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 193-199.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais nº 798, 2002, 23-50.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2010. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LORENZONI, Pietro Cardia. *Uma análise crítica das propostas de aperfeiçoamento da racionalidade da fórmula peso em Alexy e Pulido*. Trabalho apresentado ao UNOESC Robert Alexy International Legal Seminar, Chapecó, 2017.

KELSEN, Hans. *Introduction to the Problems of Legal Interpretation*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford, Claredon Press, 1992.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *The rationality of balancing*. *In Archiv Fuer Rechts- Und Sozialphilosphie 92* (2):195-208, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIECKMANN, Jan-R. *La teoria del derecho de Robert Alexy: Análisis y crítica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Nº 53, 2011.

"SOMOS HUMANOS NAS RUAS, NÃO SOMOS LIXO": ANÁLISE DA POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E O CASO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO[1]

Daniele de Luca Mattos[*]
Luiz Ismael Pereira[*]

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar as políticas para a população em situação de rua, com um enfoque especial no município do Rio de Janeiro que, até o presente momento, não aderiu à Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR). Os problemas da pesquisa são: quais são os mecanismos utilizados pelo poder público para efetivar os direitos da população em situação de rua? Qual o grau de articulação de tais medidas? Elas permitem a saída das ruas? A metodologia segue a proposta de análise a partir do olhar jurídico-institucional das políticas públicas de Bucci. Analisou-se dados primários (em especial o Decreto nº 7.053/2009 e o PL do Município do Rio de Janeiro nº 1543/2015) e dados secundários (relatórios, artigos científicos, além de informações colhidas em seminários). O recorte de análise do Município do Rio de Janeiro se justifica pelo aumento constante do número de pessoas em situação de rua e as medidas pensadas, em especial, nos megaeventos. Como resultado, verificou-se que o baixo grau de institucionalização da PNPSR abre espaço para os entes federativos atuarem de forma paliativa e imediatista, como no caso do Município do Rio de Janeiro, o que não permite a saída da população das ruas e acesso a seus direitos.

Palavras-chave

População em Situação de Rua; Direitos Fundamentais; Políticas públicas.

"WE'RE HUMAN BEINGS ON THE STREETS, WE AREN'T TRASH": ANALYSIS OF THE BRAZILIAN POLICY FOR HOMELESS PEOPLE AND THE RIO DE JANEIRO CITY CASE

Abstract

This article aims to analyze policies to the population living on the street, with a special focus on the municipality of Rio de Janeiro, which has not adhered to the National Policy for Popu-

[1] Agradecemos as críticas dos(das) pareceristas da *Revista Nomos* que auxiliaram na construção nesta versão final, bem como à professora Taylisi Leite e à vereadora Marielle Franco (*in memoriam*) que participaram como avaliadoras da pesquisa que originou o presente trabalho.

[*] Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Vicosa (UFV/MG). Graduado em Direito (2010), Mestre em Direito Político e Econômico (2013) e Doutor em Direito Político e Econômico (2017) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP). Pesquisador do GT CLACSO Pensamento Jurídico Crítico (2016-2019). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e políticas na América Latina - DIPAL. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Universidade Federal de Vicosa (2019-2022). Atua principalmente nas seguintes áreas: direito político e econômico, instituições jurídicas e econômicas, teoria do Estado e direito constitucional, gestão pública, políticas públicas, filosofia e teoria geral do direito e América Latina.

[*] Possui curso-tecnico-profissionalizante pelo Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca(2011).

lation in the Street Situation (PNPSR – in portuguese). The research problems are: what are the mechanisms used by the public power to effect the rights of the population in the street situation? What is the degree of articulation of such measures? Do they allow the exit of streets? The methodology follows the proposal of analysis from the juridical-institutional view of the public policies of Bucci. Primary data (in particular Federal Decree 7.053 / 2009 and Rio de Janeiro Municipality No. 1543/2015) and secondary data (reports, scientific articles, and information collected in seminars) were analyzed. The analysis of the Municipality of Rio de Janeiro is justified by the constant increase in the number of people in the street situation and the measures thought, in particular, in the megaevents. As a result, it was verified that the low level of institutionalization of the PNPSR opens space for federal entities to act in a palliative and immediate manner, as in the case of the Municipality of Rio de Janeiro, which does not allow the population to leave the streets and neither effective access to their rights.

Key-words
Homeless People; Fundamental Rights; Public Policies.

Não somos lixo.
Não somos lixo nem bicho.
Somos humanos.
Se na rua estamos é porque nos desencontramos.
Não somos bicho e nem lixo.
Não somos anjos, não somos o mal.
Nós somos arcanjos no juízo final.
[...]
Somos humanos nas ruas, não somos lixo.
Carlos Eduardo Ramos (Pessoa em Situação de Rua em Salvador). *Não somos lixo.*

INTRODUÇÃO

No trânsito pelas ruas do Rio de Janeiro, é fácil perceber o aumento a cada ano da população em situação, bem como as violações de seus direitos, mesmo no ano de comemorações dos 30 anos da Constituição Federal de 1988. Por isso, o título do presente trabalho é trazido do poema de Carlos Eduardo Ramos, que segue na epígrafe acima, com toda potência de luta por direitos características da pessoa em situação de rua.

Diante desse cenário de lutas e direitos já declarados juridicamente, surgem as seguintes inquietações que levam à presente pesquisa: quais são os mecanismos utilizados pelo poder público para efetivar os direitos da população em situação de rua?; qual o grau de articulação de tais medidas? Permitem a projeção da saída das ruas de pessoas em tal situação?

A pesquisa iniciou-se neste ponto e trouxe como resultado a identificação de um Decreto Presidencial nº 7.053, de 2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR). Objetivou-se, portanto, analisar a PNPSR, investigando, assim, os mecanismos utilizados pelo poder público destinados à população em situação de rua, a fim de elucidar a linha tênue entre o avanço político identificado e a efetivação de seus direitos, de forma que sua dignidade humana seja resguardada. A metodologia de análise segue a proposta feita por Maria Paula Dallari Bucci (2015), que apresenta uma análise a partir do olhar jurídico-institucional das políticas públicas por meio do "Quadro de Referência de uma Política Pública".

Apresenta-se, assim, uma leitura analítica dos dados institucionais fornecidos, bem como daqueles desenvolvidos pela sociedade civil organizada.

Para isso, fez-se necessário identificar as características e especificidades da população em situação de rua; os avanços e conquistas legislativas voltados à ela; identificar a população em situação de rua como uma população que, apesar de ter seus direitos reconhecidos, ainda é alvo de políticas higienistas e repressivas; e apresentar as mudanças ocorridas após a sua criação, bem como o grau de adesão pelos entes federativos.

Os dados de análise secundários se foram colhidos por meio de revisão bibliográfica, coletada em livros, artigos, dissertações e teses; consulta aos sítios eletrônicos que contém censos, dados e informações sobre a população em situação de rua. Foram trazidas, também, informações coletadas em seminários.

A primeira parte, expõe a definição jurídica de população em situação de rua e os conceitos nela contidos, contextualiza o fenômeno, apresenta suas características e o contexto de proteção legal. Na segunda parte, analisou-se a política pública e as inovações na criação de instrumentos de proteção. Por fim, realizou-se um corte metodológico no município do Rio de Janeiro para averiguar a realidade da população em situação de rua e os serviços ofertados no âmbito municipal, haja vista que, até o presente momento, não houve adesão da Política Nacional para a População em Situação de Rua pelo governo municipal. Ainda, fez-se uma análise do Projeto de Lei nº 1543/2015 que está em tramitação, e tem como objetivo instituir a Política Municipal para População em Situação de Rua no município do Rio de Janeiro.

1. QUEM É A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA?

A população em situação de rua tem seu conceito jurídico elaborado através do art. 1, do Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009: a PNPSR (BRASIL, 2009).[2] Três características se destacam ao descrever a população em situação de rua, sendo elas "pobreza extrema", "vínculos familiares interrompidos ou fragilizados" e "inexistência de moradia".

Sobre "pobreza extrema", cabe destacar, com Silva (2006, p. 22), que essa é caracterizada por uma "condição que se define pela não propriedade dos meios de produção e reduzido ou inexistente acesso às riquezas produzidas socialmente, seja pela ausência de trabalho e renda regulares, seja pelo não acesso a políticas públicas". Em outras palavras, a impossibilidade de sobrevivência por seus próprios meios dadas certas condições sociais mínimas, como alimentação, saúde e moradia.

A outra característica, que se refere à interrupção e/ou fragilização dos vínculos familiares, Silva (2006, p. 101) afirma que os motivos podem ser "desavenças afetivas,

[2] "Art. 1º (...) Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória".

os preconceitos relacionados à orientação sexual, a intolerância às situações de uso, abuso e dependência de álcool e outras drogas". Rosa (2005) faz, ainda, três observações: primeira, a natureza dela também se dá por fatores econômicos, não deixando de concordar com os fatores levantados acima por Silva; segunda, até mesmo o deslocamento de um indivíduo para outras cidades e Estados com o intuito de conseguir um emprego, não obtendo êxito, pode levá-lo à rua, acompanhado, muitas vezes, do sentimento de vergonha e humilhação, impedindo o reestabelecimento dos laços familiares; e, terceira, de que a interrupção dos vínculos familiares por morte ou abandono são fatores que também levam à rua (Rosa, 2005, p. 192). Observa-se, então, uma pluralidade de situações que acompanham a pessoa desde o ambiente familiar e social em que está inserido, criando marcas na personalidade e identidade social e humana.

Por fim, no que concerne à inexistência de moradia convencional, Silva (2006, p. 102) afirma que:

> (...) associada às demais condições conduzem a utilização dos logradouros públicos como ruas, praças, jardins, canteiros, marquises e baixos de viadutos ou áreas degradadas, ou seja, galpões e prédios abandonados, ruínas, carcaças de caminhão ou, ainda, redes de acolhida temporária mantidas por instituições públicas ou privadas, sem fins lucrativos, como espaço de moradia e sustento, por contingência temporária ou de forma permanente.

A pobreza extrema e os vínculos familiares interrompido são as principais condições que levam os indivíduos às ruas. Dada esta definição, tal como a terminologia utilizada para se referir a quem antes eram considerados "moradores de rua" e, atualmente, "pessoas" ou "população" em situação de rua, termos que se "(...) atribuem a este fenômeno um caráter processual e transitório, não identificando diretamente o indivíduo com a rua, mas com uma circunstância adversa e possivelmente passageira" (PEREIRA; SIQUEIRA 2010, p. 2).

Para compreender o impacto da importância da PNPSR, é importante analisar os dados do fenômeno para compreender quem realmente é a pessoa em situação de rua, transportando-a de "objeto" para "sujeito" de pesquisa. Além disso, Melo (2011, p.12) ressalta que há um entendimento propalado de que a aparição da população em situação de rua como uma prática corrente "remonta ao surgimento das sociedades pré-industriais da Europa", o que é acompanhado pelo movimento nacional organizado da população em situação de rua.[3]

A inserção do capitalismo, pautado no modelo liberal, intensificou as desigualdades sociais e o pauperismo. No início, pelo liberalismo político e econômico, o Estado permitiu a projeção da acumulação de capital em detrimento daqueles que apenas tinham sua força de trabalho para oferecer (MARX, 2013, p. 408; PA-

[3] A Carta Aberta ao Presidente da República Federativa do Brasil, elaborada no II Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua, em 20 de maio de 2009, diz: "(...) o fenômeno população em situação de rua é antigo. Sua história remonta ao surgimento das sociedades pré-industriais da Europa, no processo de criação das condições necessárias à produção capitalista. No contexto da chamada acumulação primitiva, os camponeses foram desapropriados e expulsos de suas terras e nem todos foram absorvidos pela indústria nascente. Isso fez com que a maioria desses camponeses vivenciasse a amarga experiência de perambular pelas ruas exposta à violência da sociedade opressora, que acabara de nascer. Assim surgiu o pauperismo que se generalizou pela Europa Ocidental, ao final do século XVIII e forjou o fenômeno população em situação de rua".

CHUKANIS, 2017, p. 118). No processo de transição da sociedade feudal para a modernidade, o trabalho assalariado generaliza-se como fonte de produção de mais valor (para o capital) e de reprodução dos meios de sobrevivência (para o trabalhador livre assalariado). A partir desse momento, o processo de precarização das relações de trabalho e, na sua falta, o desemprego e pauperismo, geraram grande impacto na forma nas relações sociais (MARX, 2013, pp. 305-376; PEREIRA, 2014, pp. 191-194; POLANY, 2012, p. 86).

Neste contexto, aliado à Grande Depressão em 1929, surgiu o Estado de Bem-Estar Social, caracterizado por um Estado responsável pela promoção social e pela organização da economia. Diante disso, Castel (1988) mostra que a condição de assalariamento permitiu ao indivíduo acesso a um conjunto de direitos e proteções sociais. Ele define como "zonas de coesão social" essa relação entre o trabalho e as redes de sociabilidade. Já aqueles que se encontram fora dessas zonas são chamados por Castel de "desfiliados". São indivíduos que não possuem um trabalho formal, ou seja, tem um trabalho inconstante, logo, estão fora das redes de sociabilidade e encontram-se isolados socialmente. Há, também, aqueles que se encontram numa zona intermediária, a zona de vulnerabilidade, marcada pelos baixos salários, precariedade do emprego e instabilidade.

Pode-se relacionar o conceito de desfiliado utilizado por Castel com a população em situação de rua que, por longos anos, viveu totalmente à parte da sociedade, tendo seus direitos reconhecidos tardiamente. Mais do que isso, direitos que, embora já reconhecidos, sofrem uma constante derrota no processo de efetivação. De acordo com a estimativa levantada pelo IPEA (2016) referente às edições de 2013 a 2015 do Censo Suas, através do Censo do Sistema Único de Assistência Social (Suas), estima-se que 101.854 pessoas se encontram em situação de rua no Brasil, aglomerando-se em Municípios maiores.[4]

O perfil da população em situação de rua adulta foi traçado através da Pesquisa Nacional Sobre a População em Situação de Rua (BRASIL, 2009), que atuou em 71 cidades espalhadas pelas cinco regiões do Brasil. Seguem alguns dos dados obtidos: (i) os principais lugares identificados que utilizados como moradia foram: praças, rodovias, parques, viadutos, postos de gasolina, barcos, túneis, locais abandonados, becos, lixões, ou passando a noite em instituições como albergues, abrigos, casas de passagem e igrejas; (ii) 53% dos entrevistados está em idade produtiva, entre 25 e 44 anos; (iii) 67% dos entrevistados se autodeclaram negros (sendo eles 39,1% pardos e 27,9% pretos) e 29,5% se autodeclaram brancos; (iv) Uma pequena parcela é contemplada pelos programas sociais, sendo apenas 11,5% do total de entrevistados (aposentadoria, 3,2%; Programa Bolsa Família, 2,3%; e Benefício de Prestação Continuada – BPC, 1,3%; (xii) 79,6% consegue fazer pelo menos uma refeição ao dia, etc.[5]

[4] 40,1% da população vive em municípios com mais de 900 mil habitantes (metrópole), e 77,02% vive em municípios com mais de 100 mil habitantes (metrópole e grande porte). Nos municípios de pequeno porte, a estimativa é de 6,63%.

[5] Um dado relevante levantado por ALMEIDA e MACHADO (2008, p. 313), é que há diversos fatores que fazem com que também a pobreza seja feminina, "no sentido de que há mais mulheres sem emprego e em subempregos, bem como experiencian maior dificuldade de ingressar no mercado de trabalho, o que se traduz tanto em baixo pode econômico quanto em privação das capacidades".

O desconforto na leitura dos dados demonstra, ainda, um desconforto com a real situação da população em situação de rua. As relações sociais e familiares influenciam de forma efetiva na manutenção perene de tais pessoas. Assim, devido ao impacto social, político e coletivo de uma parcela considerável da população, é preciso compreender como está construído o arcabouço de direitos declarados e efetivados, reafirmando o papel do Estado em garantir seus direitos fundamentais.

Encontrar-se em situação de rua por muito tempo esteve associado à mendicância e à vadiagem. Os arts. 295 e 296, do Código Criminal do Império já previam a condenação da situação de mendicância (BRASIL, 1830). Similarmente, o art. 399, do Código Penal, da primeira República, previa a pessoa em situação de rua ligada à mendicância (BRASIL, 1890). Somente no art. 113, da Constituição Federal de 1934, segundo Melo (2011), reconheceu-se que vadiar e mendigar só deveriam ser objeto de punição quando praticadas de forma espontânea e não por ausência de emprego, ficando à cargo do Poder Público o dever de amparar, na forma da lei, os que estivessem em indigência (BRASIL, 1934).

Apesar da mudança constitucional, o art. 59, da Lei de Contravenções Penais, de 1941, mostra que na prática não houve transformação (BRASIL, 1941). Somente em 1988 houve um avanço significativo em relação à população em situação de rua. A redemocratização do país, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), estimulou a elaboração de políticas sociais para garantir os direitos fundamentais positivos, no contexto de uma Constituição Dirigente.

O art. 203 (BRASIL, 1988), a Constituição Federal prevê que a Assistência Social "será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social". Tendo como objetivo proteger à família, maternidade, infância, velhice; amparar às crianças e adolescentes carente; promover e integrar o mercado de trabalho e habilitar e reabilitar portadores de deficiências, bem como integra-los à vida comunitária.

Sua regulamentação ocorreu com a elaboração da Lei Federal nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica de Assistência Social (BRASIL, 1993). Entretanto, somente com a a alteração pela Lei federal nº 11.258, de 30 de dezembro de 2005, houve a inclusão do texto que manifesta a necessidade da elaboração de programas de amparo à população em situação de rua. Em 2004, é elaborada a Política Nacional de Assistência Social (PNAS) que em certa medida assegura cobertura para a população em situação de rua.

Nesse processo de reconhecimento dos direitos da população em situação de rua, os movimentos sociais tiveram uma grande importância, iniciados em 1960. Nos anos 1990, o movimento ganha força diante da omissão do Estado em efetivas os direitos e garantias da Constituição de 1988. Um grupo de pessoas que trabalhava catando lixo formou associações e cooperativas de catadores, chamando-se mais tarde de Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis. Em 2001, com maior visibilidade, aconteceu a primeira Marcha do Povo da Rua. A partir disso, foram realizados fóruns, debates, manifestações públicas, que contaram com o Conselho de Assistência Social e de Monitoramento (CMAS) e a população em situação de rua. A Chacina da Praça da Sé, ocorrida em 2004, onde sete pessoas foram mortas enquanto

dormiam e outras oito ficaram feridas, foi o que induziu grupos da população em situação de rua de São Paulo e Belo Horizonte a consolidarem o Movimento Nacional da População de Rua (MNPR). O MNPR atuou nos dois Encontros Nacionais sobre a População em Situação de Rua de iniciativa do governo federal, através do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS). Esse fora o contexto da realização da Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua.

O resultado do I Encontro Nacional foi a criação do Grupo de Trabalho Interministerial (GTI) para criar propostas de políticas públicas de inclusão para a população em situação de rua, instituído pelo Decreto de 25 de outubro de 2006, conforme a LOAS. Por fim, o MDS publicou a Portaria nº 566, de 14 de novembro de 2005, que "estabelece regras complementares para o financiamento de projetos de inclusão produtiva, destinados à população em situação de rua em processo de restabelecimento dos vínculos familiares e/ou comunitários".

Desse mapa de direitos, da criminalização à vinculação do Estado para criar políticas públicas que efetivamente cumpram a carta de direitos fundamentais, convém analisar, com os detalhes necessários, a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR).

2. A POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA.[6]

A criação da PNPSR e a instituição do seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, em 2009, foram grandes passos dados. Anteriormente, as políticas que envolviam a população em situação de rua se mostravam políticas localizadas, geralmente conduzidas pelos Municípios. Ainda, estas políticas atuavam, apenas, pelo assistencialismo, sem gerar a possibilidade de saída da rua. A PNPSR trata-se, então, da primeira política em âmbito nacional com atenção exclusiva à população em situação de rua e que apresenta uma perspectiva de mudança, já que se trata de uma política intersetorial,

De acordo com Bronzo e Costa (2012), a política intersetorial é a forma mais adequada para o enfrentamento à pobreza. Ela deve ser orientada por quatro dimensões: i) padrão normativo: objetivos, valores, propriedades sociais e estratégias para superação do problema; ii) marco analítico: dimensão técnica, que pensa nas alternativas de intervenção, e se apoiam nas suposições de causa e efeito; iii) modelo de organização: relacionado à forma de distribuição das responsabilidades e centralização/descentralização das decisões; e iv) modelo de gestão: administração de recursos, formação e gestão das equipes. Os campos de atuação da PNPSR, segundo o MDS (2011) são: segurança alimentar, direitos humanos, educação, saúde, habitação e assistência social.

[6] A proposta metodológica para a análise jurídica das políticas públicas de Maria Paula Dallari Bucci, base da presente pesquisa, leva em consideração i) do grau de institucionalização que deve marcar o processo de construção das políticas públicas; ii) a articulação entre os entes envolvidos, pois esse fator garante maior efetividade a partir do conhecimento técnico e pela especificidade de atuação de cada órgão; e iii) a necessária participação em todo ciclo das políticas públicas por parte da sociedade civil organizada. Mais do que uma participação na fase de implementação e fiscalização de contas, mas também no processo de deliberação das diretrizes que criam e modificam as políticas.

Contudo, é sabido que estes direitos mencionados não alcançam a maior parcela das pessoas que se encontram em situação de rua, embora o art. 7º, da PNPSR, estabeleça diretrizes e objetivos que vinculam a atuação do Poder Público em todas as esferas, com o intuito de atuar com a maior amplitude possível de intersetorialidade.

2.1. Agentes da Política

Os agentes desta política se dividem entre agentes governamentais e agentes não governamentais. A partir do conceito jurídico elaborado por Maria Paula Dallari Bucci,[7] algumas questões devem ser pontuadas: (i) a política pública emana e é gerida, necessariamente, do Poder Público; (ii) resulta de um conjunto de processos com a participação de diferentes campos do direito, do administrativo ao judicial, do legislativo ao orçamentário, demonstrando a participação dos Poderes Executivo e Legislativo; (iii) o Estado deve se utilizar dos meios que lhe estão disponíveis, isto é, deve racionalizar sua atividade para que haja possibilidade de execução das medidas tomadas, ainda que utilize o apoio da iniciativa privada; (iv) tais atividades possuem um planejamento – e, por isso, necessariamente uma escolha política – que envolve objetivos socialmente relevantes (o disso impacto será visto mais adiante); (v) por fim, a política pública tende a ser passageira, esperando que consiga diminuir o déficit democrático dos direitos sociais a que se destinam (PEREIRA, 2016, pp. 34-35).

Os agentes governamentais envolvidos na PNPSR estão ligados ao governo federal, o responsável por instituir a política e o Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua (CIAMP-RUA). O Comitê é composto pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SDH) – que o coordena –, pelo Ministério do Desenvolvimento e Combate à Fome (MDS), Ministério da Justiça (MJ), Ministério da Saúde (MS), Ministério da Educação (MEC), Ministério das Cidades (MINC), Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Ministério dos Esportes (ME) e Ministério da Cultura (MC).

Os agentes não governamentais se dividem entre o Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e dos Catadores de Materiais Recicláveis (CNDDH), sociedade civil, movimentos, entidades representativas que integram o CIAMP-RUA. Isso demonstra a forte participação popular por meio de grupos organizados na fase de implementação da política pública.

O art. 10, da PNPSR dispõe as atribuições ao Comitê Intersetoial de Acompanhamento da Política Nacional sobre a População em Situação de Rua, que vai muito além da expressão microinstitucional, de implementação da política, mas envolve o estabelecimento das diretrizes e planos estratégicos de atuação para efetivar direitos da pessoa em situação de rua.

[7] "Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados" (BUCCI, 2006, p. 39). Também: BUCCI, 2013, pp. 38-39; 2015).

A PNPSR é uma política de adesão. O art. 2º descreve que ela "será implementada de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos que a ela aderirem por meio de instrumento próprio". Os entes que aderirem, de acordo com o Art. 3º, deverão instituir seus próprios comitês gestores intersetoriais.

A primeira adesão ocorreu pelo Distrito Federal somente em 16 de abril de 2013, após dois anos e meio após à elaboração da PNPSR. De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos (2017), 14 entes da federação aderiram à política e criaram seus comitês, com um número total de 26 comitês gestores estaduais e municipais.

2.2. O desenho jurídico-institucional do PNPSR.

Uma das facetas mais importantes das políticas públicas é a necessária articulação de diversas ações que a comporão, garantia de sua efetivação pelos mecanismos do desenho jurídico-institucional. Cada agente atingindo um ponto específico que, no conjunto, dará a exata medida da efetivação do direito garantido. Compreender tal desenho jurídico-institucional permitirá entender o modo como está prevista a atuação em conjunto, ou não, dos diversos agentes governamentais e não-governamentais (BUCCI, 2015, pp. 9-10).

No caso da PNPSR, há diversas ações isoladas que comporão o panorama da política, divididas nas seguintes áreas: Assistência Social – Centro de Referência Especializado para a População em Situação de Rua; Direitos Humanos – Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis; Habitação – Cadastro Único; e, Saúde – Consultório na Rua.

A criação da PNPSR teve origem no Governo Lula, assim como sua implementação. A primeira ação realizada foi a inscrição da população em situação de rua no *Cadastro Único*[8], com a finalidade de permitir o seu acesso aos programas sociais, atendendo parcialmente ao Art.7º, inciso I. Em 22 de novembro de 2010, foi divulgada a Instrução Operacional Conjunta SENARC/SNAS/MDS nº 07, contendo orientações aos municípios e ao Distrito Federal para a inclusão de pessoas em situação de rua no Cadastro Único.

Em 2013, o Ministério das Cidades publicou a Portaria nº 595/2013, que dispõe "sobre o processo de seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida, estabelecendo critérios adicionais de vulnerabilidade social que priorizam a população em situação de rua". Todavia, de acordo com o IPEA (2016), apenas 48.351 pessoas em situação de rua foram registradas no Cadastro Único. Essa quantidade representa 47,1% da estimativa total da população em situação de rua. O dado apresentado ainda é muito baixo, o que revela que a maior parte da população não tem nem a possibilidade de ter acesso às políticas públicas, como o Programa Bolsa Família e o Minha Casa, Minha Vida.

[8] "O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal é um instrumento de coleta de dados que possibilita a identificação e a caracterização das famílias/indivíduos brasileiros de baixa renda. É também uma importante ferramenta de planejamento de políticas públicas e deve ser utilizado para a seleção de beneficiários e integração de programas sociais do Governo Federal". (MDS, 2011).

A segunda ação, realizada no Governo Dilma, foi a criação do *Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis* (CNDDH), em abril de 2011. O CNDDH foi instituído em conformidade com o art. 15, o qual estabeleceu sua competência a partir dos seguintes campos de atuação, como a divulgação e incentivo de criação de meios de comunicação com o público alvo; o apoio na criação de centros locais de defesa de direitos humanos; e a divulgação de indicadores sociais, econômicos e culturais.

No ano de 2014, o Brasil sediou a Copa do Mundo e, neste mesmo ano, a Secretaria de Direitos Humanos divulgou informações sobre os núcleos do CNDDH instalados pelas cidades-sede da Copa. Os núcleos se estruturaram em Brasília, Belo Horizonte, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo. Apenas quatro cidades-sede não tiveram núcleos instalados.

Entretanto, mesmo com a atuação dos Centros, a população em situação de rua vivenciou a violação de direitos. A Copa, como Megaevento, tornou-se um atrativo cultural e econômico para o país, abrindo caminho para a promoção de uma "faxina social" para limpeza das cidades-sede. Para Bauman (2013), limpar a cidade se relaciona a duas finalidades: pureza e ordem. Para uma situação estar em ordem, ela deve estar no seu lugar e, para se ter pureza, deve-se ter ordem. Assim sendo, tudo que está fora do lugar, é considerado "agente poluidor": "Não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em "sujas", mas tão somente sua localização e, mais precisamente, sua localização na ordem de coisas idealizada pelos que procuram a pureza" (BAUMANN, 2013, p. 14). A solução do Poder Público foi isolar os "agentes poluidores", tornando o ambiente puro e, consequentemente, em ordem. Tal limpeza se configurou como uma política higienista e teve como característica a violação dos direitos da população daqueles que foram isolados.

O CNDDH neste mesmo período divulgou um relatório chamado "Violações de direitos da população em situação de rua nos meses que antecedem a realização da copa mundo" e repudiou esses acontecimentos. As denúncias têm procedência dos Disque 100 – Serviço da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, instituições de segurança pública, polícia civil, Ministério Público (MP), sociedade civil organizada, movimentos sociais e denúncias feitas ao próprio Centro.

Apesar da criação do CNDDH ter significado um passo considerável para a população em situação de rua, pois trouxe reconhecimento de que a população sofre muito preconceito, descriminação e descaso público, necessitando de um apoio especial para a defesa de seus direitos constitucionais, ainda mais em momentos de megaeventos, não se mostrou suficiente para abrandar as violações. Em 2013, foram registrados 327 homicídios e, em 2014, 243. Esses registros levaram a Secretaria de Desenvolvimento Humanos, em parecia com a Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO), a criar o projeto FLACSO 01/2014 - Organização, Fortalecimento e Articulação das Iniciativas de Promoção dos Direitos Humanos. De 2010 a 2014 (FLACSO, 2014), segundo a SDH, foram registrados 2.462 casos de violações, sendo eles: 16,1%, violência psicológica; 16,3%, negligência; 24,1%, violência institucional; e 34,4%, violência física.

Entretanto, em 2017, mostrando a perpetuação das violações, ocorreu, no município de São Paulo, sob a gestão de João Dória, a demolição de prédios da chamada

"Cracolândia", com pessoas dentro, onde três pessoas ficaram feridas. As demolições ocorreram sem respeito e preocupação com a integridade física e moral dos indivíduos que ali estavam.

Em novembro de 2011, com o intuito de instruir a criação do *Centro de Referência Especializado para a População em Situação de Rua (Centro Pop)*, o MDS divulgou um documento chamado "Orientações técnicas: Centro de Referência especializado para População em situação de Rua e serviço especializado para Pessoas em situação de Rua" (BRASIL, 2011). A sua criação é respaldada no art. 7º, inciso XII, já mencionado. Diferentemente dos Centros de Referência Especializados de Assistência Social (CREAS), o Centro Pop é voltado especificamente para o atendimento às pessoas em situação de rua.

De acordo com o Censo Suas (BRASIL, 2016), até 2016, 230 Centro Pop foram instalados em todo Brasil. A região Sudeste se destacou em relação à quantidade de Centro Pop's instalados, possuindo o maior número. Outra constatação feita é a de que eles se concentram em municípios de grande porte[9].

No mesmo ano do Decreto 7.053, o Ministério da Saúde (MS) publicou a Portaria nº 3.305, de 24 de dezembro de 2009, instituindo o *Comitê Técnico de Saúde para a População em Situação de Rua*. O Art. 2º, inciso I, diz que o Comitê deve "propor ações que visem garantir o acesso à atenção à saúde, pela população em situação de rua, aos serviços do SUS".

Em seguida, em 25 de janeiro de 2011, o MS lançou uma Portaria nº 122 definindo as diretrizes de organização e funcionamento das Equipes de Consultório na Rua. E, em 21 de outubro de 2011, é instituída a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), através da Portaria nº 2.488, que institui também os Consultórios na Rua (CnaR). Foram formadas 92 equipes[10] de CnaR distribuídas pelo país e o parâmetro adotado para fixar uma equipe é de uma equipe a cada 80 a 1000 pessoas em situação de rua. Atualmente, existem 129 CnaR.

2.3. Dimensão econômico-financeira do programa (inserção na legislação orçamentária anual/valor alocado)

De acordo com a PNPSR, Art. 6º, inciso II fica como "responsabilidade do poder público pela sua elaboração e financiamento". Em consulta às Leis Orçamentárias Anuais (LOA), buscou-se mostrar a inserção econômico-financeira dos principais programas. A metodologia utilizada para isto foi a busca nas LOA's de 2011 a 2017 dos termos "Cadastro Único", "Consultório na Rua", "Centro Nacional de Defesa dos Direitos Humanos da População em Situação de Rua e Catadores de Materiais Recicláveis" e "População em Situação de Rua".

Ao analisar os valores alocados na LOA, dos anos de 2011 a 2017, percebe-se que a extensão dos mesmos se mostra muito pequena em relação ao tamanho total da

[9] Para o IBGE, são considerados municípios de grande porte os que tem entre 100.001 a 900.000 habitantes.
[10] Ver publicação no Diário da Oficial da União, 26 de janeiro de 2012, p. 46-47.

população: de R$ 26 milhões, em 2011, a R$ 31.748.873 milhões em 2017. É importante relembrar que a população em situação de rua chega a mais de 100 mil pessoas no Brasil, configurando um número muito alto para o baixo valor alocado.

Além disso, os valores destacados muitas vezes não se direcionam somente para a população em situação de rua, como o caso do Cadastro Único, que atinge toda população de baixa renda, não sendo necessariamente pessoa em situação de rua; e a expansão dos programas de promoção, defesa e proteção dos direitos que se direcionam para vários públicos diferentes. Isto significa que o valor direcionado para a população em situação de rua é menor ainda. Portanto, constata-se que, através da dimensão econômico-financeira baixa, o poder público não oferece atenção necessária para a população em situação de rua.

3. O CASO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Como apontado na Introdução, realizou-se um corte metodológico da PNPSR no Município do Rio de Janeiro, com o objetivo de averiguar a disparidade ou proximidade do desenho jurídico-institucional com a população em situação de rua e os serviços ofertados no âmbito municipal, pois, até ano de 2017, não houve adesão da Política Nacional para a População em Situação de Rua pelo governo municipal. Ainda, fez-se uma análise do Projeto de Lei Municipal nº 1543/2015 que está em tramitação, e tem como objetivo instituir a Política Municipal para População em Situação de Rua no Rio de Janeiro.

Como discorrido anteriormente, o fenômeno população em situação de rua é inerente ao espaço urbano e as práticas do capital. A cidade do Rio de Janeiro, durante a gestão do Prefeito Pereira Passos (1902-1906), nomeado pelo então Presidente da República, Rodrigues Alves (1902-1906), vivenciou, de forma mais evidente, o processo de modernização da cidade.

Diante do discurso abaixo, Rodrigues Alves colocou em sua agenda de governo a remodelação da capita do país (BRENNA, 1985. BARBOSA, 2011, p. 229). Segundo Abreu (1997, p. 59), a intenção por trás da ação era a adequação da forma urbana "às necessidades de criação, concentração e acumulação do capital". As transformações ocorridas visavam a elitização da cidade. Neste processo, aqueles que habitavam nas proximidades da zona central, tiveram suas casas demolidas, tendo que se deslocar para áreas mais distantes ou para os altos morros, dando início as favelas cariocas, como o Morro da Providência, tendo em vista que as habitações populares não foram suficientes para atender à demanda.

Abreu (1997, p. 66) ressalta, além disso, que essa intervenção estatal ocorreu "sob novas bases econômicas e ideológicas, que não mais condiziam com a presença de pobres nas áreas mais valorizadas da cidade". No início do séc. XX, Kehl, líder do movimento eugênico[11], em suas obras já defendia a assolação do que chamavam "parasitas, indigentes, criminosos, doentes que nada fazem, que vegetam nas prisões, hospitais, asilos; (dos) que perambulam pelas ruas, vivendo da caridade pública; (dos)

[11] "(...) a eugenia era compreendida como uma ciência sem fronteiras delimitadas, o que lhe possibilitava servir aos mais diferentes interesses científicos e políticos, sendo apropriada nas formulações de diversos projetos de construção da nação. " (SOUZA, 2008).

amorais, (dos) loucos que enchem os hospitais, (da) mole de gente absolutamente inútil que vive do jogo, do vício, da libertinagem, do roubo e das trapaças (COIMBRA, 2006, p. 4). O comentador acrescenta que, em outras palavras, para os eugenistas, todos aqueles que não se encaixassem no mercado e que não acrescentassem à produção deveriam ser isolados.

Passados quase um século, na gestão César Maia (1993-1996), a história se fez a mesma. Foi colocado em prática o Plano Estratégico da Cidade do Rio de Janeiro (PECRJ), resultando na parceria público-priva, chamada "Sempre Rio". Esta ação, assim como todos os Planos Estratégicos anteriores, seguiram a mesma ideia: "aperfeiçoar o Rio de Janeiro enquanto cidade competitiva para o mercado mundial" (BRANDÃO VASQUEZ, 2017, p. 229).

Na gestão Eduardo Paes (2009 - 2016), novamente, viram-se tais ações. Com a conquista da cidade do Rio de Janeiro como uma das cidades-sede da Copa do Mundo 2014 e da cidade-sede dos Jogos Olímpicos 2016, o cenário se tornou de repressão a tudo aquilo que apresentava uma ameaça à lógica do capital.

Sob o discurso de "restabelecimento da autoridade municipal e de um cuidado com a cidade", Eduardo Paes conduziu as ações de repressão ao trabalho de camelô, recolhimento da população em situação de rua das ruas, internação dos usuários de drogas e a construção do "ecolimites" (BRANDÃO VASQUEZ, 2017, p. 230).

O Dossiê do Comitê Popular da Copa e Olímpiadas do Rio de Janeiro (2015) divulgou, também, denúncias de violação de direitos, onde o recolhimento compulsório de crianças e adolescentes resultou no desaparecimento de muitos deles. Além disso, muitos adolescentes foram transferidos para o Departamento de Geral de Ações Sócio-Educativas (DEGASE), sem ter cometido nenhum tipo de infração penal. A intenção era mantê-los fora dos lugares turísticos. Após a Copa, quando liberados do DEGASE e abrigos, as crianças e adolescentes relataram diversos tipos de violências sofridas durante esse processo.

Um fato importante destacado pelo Dossiê é que as operações policiais para recolhimento de crianças e adolescentes em situação de rua diminui significativamente durante os megaeventos. Essas operações foram planejadas de forma estratégica, para que não houvesse maior visibilidade das ações realizadas nos períodos dos jogos. Também, tornou-se visível que essa operação obteve sucesso, pois, de fato, o número de pessoas em situação de rua transitando também reduziu.

As três gestões discorridas acima, de forma geral, mostram como a presença do pobre na cidade do Rio de Janeiro, principalmente, no Centro e na Zona Sul, apresentam algo negativo para atuação do capital. Através de uma pesquisa realizada sobre a população em situação de rua em 2006, pela Secretaria Municipal de Assistência Social (SMAS), revelou-se que 1.682 pessoas se encontravam em tal situação, sendo a população adulta, acima de 18 anos, 1.434.

Entretanto, a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua relevou que a cidade do Rio de Janeiro, em 2007, possuía 4.585 pessoas nesta condição, representando 0,075% da população total naquele ano. Em comparação com outros Mu-

nicípios que participaram da pesquisa, o Rio de Janeiro se destacou com um dos índices mais altos.

Diante disso, é importante evidenciar que a pesquisa da SMAS apresentou um resultado subestimado, já que em 2007 foram identificadas 4.585, sendo irreal que no período de um ano a população aumente em 3.151 pessoas. De toda forma, serão trabalhados os dados oficiais divulgados pelo Município.

De acordo com a Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos (SMASDH, 2013), em 2013, foram identificadas 5.580 pessoas. Dos 5.580, aproximadamente 5.211 se configura como população adulta. E, em 2016, 14.200 foram contabilizadas. Contudo, é importante esclarecer que a SMASDH não informou se nesta estimativa estão inclusas as crianças e adolescentes em situação de rua.

Este número cresceu exorbitantemente de 2013 a 2016, tendo seu número triplicado. Porém, não há como afirmar que os dados são totalmente verídicos, devido a observação já feita. O índice da população em situação de rua em relação à população total do município representa, agora, 2,1%.

No Município do Rio de Janeiro, observou-se que a população em situação de rua se concentra em Centro (33,8%), em Bonsucesso (15,6%) na Zona Sul da cidade (15,3%) (RIO DE JANEIRO, 2013). Para Dantas (2007), isso ocorre em razão de que, nestes locais, há uma maior facilidade na obtenção de trabalho, alimentação e abrigo. Serafino e Luz (2015, p. 76) acrescentam que, no Centro, "muitos prédios abandonados servem de refúgio para a população em situação de rua".

O "Censo População de Rua 2013: um direito à cidade" (RIO DE JANEIRO, 2013) aponta o Centro e a Zona Sul como foco para resolução do problema. Percebe-se que Bonsucesso tem o segundo maior percentual de pessoas em situação de rua (15,6%), porém, não é colocado como "foco". Diante disso, percebe-se que a intenção não é garantir dignidade de vida às pessoas em situação de rua e, sim, garantir que eles não estejam presentes lugares de atração do capital, como o Centro e a Zona Sul.

Embora a cidade do Rio de Janeiro possua um número elevado de pessoas em situação de rua, que sofrem diariamente violações de todos os tipos, ainda não houve adesão pelo município da Política Nacional para a População em Situação de Rua. A referida política, como já mencionado no terceiro capítulo deste trabalho, deverá ser implementada por cada ente federativo, através de instrumento próprio.

No caso do município do Rio de Janeiro, está em tramitação o Projeto de Lei nº 1543/2015 que institui a Política Municipal para a População em Situação de Rua e dá outras providências, de autoria do vereador Reimont (PT). Mesmo após dois anos à criação do projeto, a lei continua em tramitação. Há três tipos de explicação para tramitação ser tão demorada, sendo elas: "i) o volume de trabalho do Poder Legislativo; ii) a extensão do regime de tramitação ordinário; e iii) o nível de interesse das pessoas envolvidas no processo legislativo" (BLUME, 2015).

Apesar de considerar que todas as explicações se encaixam no caso deste Projeto Lei, o nível de desinteresse das pessoas envolvidas no processo legislativo se destacou somente em relação à rejeição da inclusão na ordem do dia como caráter de urgência,

ocorrida no dia 24 de outubro de 2017. No mais, o projeto vem recebendo diversas emendas modificativas.

Em relação às Emendas legislativas ao PL, percebe-se que as alterações se configuram de forma positiva e de forma negativa. As positivas projetam a criação de meios de instrumentalizar os objetivos da política, criando órgãos e competências para o Sistema Único de Saúde (SUS) e Assistência Social (Emenda nº 4); preveem a criação de um regimento interno para regulamentar as ações e decisões do Comitê Intersetorial (Emenda nº 8); e inclusão da participação do terceiro setor, em especial as OSCIP's, na construção da política (Emenda nº 10).

A Emenda nº 1, que inclui o tratamento diferenciado por gênero e direitos de autoidentificação, atendendo a ideia de intersetorialidade, em que cada indivíduo deve ser tratado de acordo com as suas especificidades, se mostrou também muito positiva. Porém, a Emenda nº 11 de autoria dos vereadores Alexandre Isquierdo (DEM), Claudio Castro (PSC), Carlo Caiado (DEM), retiraram do texto a previsão de respeito à orientação sexual, e percebe-se a ausência de previsão de identidade de gênero, o que configura um grave retrocesso.

À vista disso, atualmente, não há articulação da PNPSR com as políticas municipais, sequer o Projeto Lei está se formando a partir de uma perspectiva intersetorial. Identificou-se apenas a atuação dos Centro Pops e Consultórios na Rua, criados a partir de iniciativa do governo federal. O que se vê, por parte do Município, são ações individualizadas, de caráter paliativo e, muitas vezes, higienistas. De todo modo, será mostrado neste capítulo como funcionam as ações municipais no que concerne à população em situação de rua.

Em 2004, a Política Nacional de Assistência Social instituiu o Sistema Único de Assistência Social (Suas). O Suas foi o responsável por transformar o modelo de ações socioassistenciais, regulando-as e organizando-as em território nacional (MDS, 2005). A sua implementação trouxe como mudança, por exemplo, a obrigatoriedade da presença de assistentes sociais no oferecimento de serviços.

Para entender a dinâmica da rede socioassistencial no município do Rio de Janeiro, de acordo com Serafino e Luz (2015), é preciso esclarecer que em 2010 as ações do Choque de Ordem, realizadas pelo Projeto Rio Acolhedor, no âmbito da Secretaria de Ordem Pública, pareciam ser confundir com as ações assistenciais no âmbito da Secretaria de Assistência Social, aparentando ser uma única ação. As autoras explicam que isso se evidencia pelo fato de que "na mesma sede do CREAS POP acontecem, também, os encontros do Projeto Rio Acolhedor (...) para terem acesso aos serviços que o CREAS POP oferece, as pessoas em situação de rua devem conviver com os profissionais que participam de seus recolhimentos de forma arbitrária e violenta nas ruas" (SERAFINO; LUZ, 2015, p. 85).

O *Centro de Referência de Assistência Social (CRAS)* é um centro de referência que se localiza em áreas de vulnerabilidade social e tem por responsabilidade a organização da execução dos serviços de proteção social básica. Seus objetivos são fortalecer os vínculos familiares/comunitários e promover o acesso aos direitos sociais. São oferecidos nos CRAS serviços como inscrição no Cadastro Único e Serviço de Proteção

de Atendimento Integral à Família (PAIF). Apesar do público de atendimento ser voltado para pessoas em situação de desproteção, pessoas com deficiência, criança, há atendimento também para a população em situação de rua (BRASIL, 2015).

O *Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS)* é um centro de referência que se destina a atender famílias e pessoas que estão em situação de risco social e/ou tiveram seus direitos violados. Oferta serviços, como Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), Abordagem Social e Serviço para Pessoas com Deficiência, Idosas e suas famílias, além de oferecer informações jurídicas e apoio no acesso à documentação. A população em situação de rua se inclui no público atendido (BRASIL, 2015).

É importante esclarecer que, apesar do CRAS e do CREAS aparentarem ter a mesma finalidade, se diferenciam pelo seguinte ponto: o primeiro previne situações de risco social e o segundo oferece apoio àqueles que já se encontram em risco.

O *Centro Pop* é um centro de referência totalmente voltado à população sem situação de rua. Suas atividades são: atendimentos individuais e coletivos, oficinas e atividades de convívio e socialização, encaminhamento para inscrição no Cadastro Único. Além disso, as unidades funcionam como espaço para promoção de higiene pessoal, alimentação e provisão de documentação. A dinâmica de atendimento baseia-se no Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua. O público de atendimento volta-se para a população adulta, considerando que crianças e adolescentes só podem ser atendidos acompanhados de familiares ou pessoa responsável. (BRASIL, 2015).

Em consulta aos sítios do Cadastro Suas – CadSuas (BRASIL, 2008) e Mapa de Oportunidade e Serviços Públicos (BRASIL, 2005), verificou-se que no município do Rio de Janeiro existem 47 CRAS, 14 CREAS e 2 Centros Pop. Os dois meios de pesquisa sobre os CRAS, CREAS e Centro Pop confirmaram uma coerência nas informações a respeito da quantidade de unidades, tendo em vista que apresentaram o mesmo resultado.

Considerando que o Centro Pop atua somente com pessoas em situação de rua, diferentemente dos outros centros, esta análise aprofundar-se-á em cima da atuação deste segmento. Observando os dados encontrados, percebe-se que, do ano de 2014 para 2015, um Centro Pop encerrou suas atividades, porém, não foi encontrada nenhuma informação a respeito deste Centro Pop, o que levar a crer que ele só existiu no papel. Nos anos de 2014 e 2015, a capacidade de atendimento referenciada se mostrou muito abaixo da capacidade de atendimento real. Em relação aos anos 2016 e 2017, a capacidade de atendimento referenciada e de atendimento real se mostraram iguais, todavia, o número de atendimentos se apresenta extremamente pequeno, considerando que há 14.200 pessoas em situação de rua no município do Rio de Janeiro. Sobre os anos anteriores à 2014, não foram encontrados dados.

O *Serviço de Acolhimento Institucional e Serviço de Acolhimento em República*, comumente chamado de abrigo, é um local de acolhimento semelhante à uma residência, destinado a atender à população em situação de rua ou em situação de desabrigo por abandonado, chegando ao número máximo de 50 pessoas. Já o Serviço de Acolhimento em República destina-se às pessoas que estão em processo de saída das

ruas, chegando ao número máximo de 10 pessoas, tendo como principal objetivo permitir que os residentes conquistem autonomia e independência. Há, também, os albergues, que diferentemente dos serviços de acolhimento, só oferecem pernoite, banho e alimentação (janta e café da manhã).

De acordo com SMASDH, atualmente, existem 62 abrigos com 2.115 vagas, entre eles abrigos públicos e conveniados. Diante de tal dado, subentende-se que as outras 965 vagas, ou seja, as 2.115 vagas divulgadas subtraídas pelas 1.150 vagas relatadas em 2017, sejam de albergues e repúblicas. Considerando 2.115 vagas disponibilizadas, conclui-se que o número de acolhimento oferecido abrange 14,8% da população em situação de rua total do município do Rio de Janeiro.

Os *Restaurantes Populares* são restaurantes que tem a finalidade de oferecer refeições prontas e saudáveis a um preço acessível, destinando-se, sobretudo, ao público de insegurança alimentar, no qual as pessoas em situação de rua se encontram. Devido à crise do estado do Rio de Janeiro, que encerrou o funcionamento de diversos restaurantes, o governo municipal assumiu a gestão de três restaurantes neste ano. Os valores são: café da manhã (R$ 0,50) e almoço (R$ 2,00). Até a data da elaboração deste trabalho, apenas o restaurante de Bangu e de Campo Grande foram reabertos.

Em relação à saúde, o município do Rio de Janeiro criou em 2010 um projeto chamado "Saúde em Movimento nas Ruas", conhecido como ESF POP RUA. Foi o projeto que serviu como base para elaboração do *Consultório na Rua*. As eCnaR (Equipes de Consultório na Rua) se dividem em cinco. De acordo com a Secretaria Municipal de Saúde (2015), há 7.900 pessoas em situação de rua cadastradas pelo CnaR, configurando aproximadamente a metade da população total. A demanda de atendimento tem como principais doenças hipertensão, diabetes, tuberculose, HIV/AIDS, sífilis, hepatites e transtorno mental.

Um estudo realizado no atendimento em Manguinhos por Engstrom e Teixeira (2016) identificou uma melhora no acesso da população à saúde básica e ao SUS. Todavia, aponta a necessidade de ampliação do atendimento, bem como a construção de políticas intersetoriais, para possibilitar a continuidade dos tratamentos de saúde para população em situação de rua.

Observou-se que os serviços voltados à população em situação de rua no município do Rio de Janeiro agem de forma padronizada, sem considerar as especificidades encontradas em cada indivíduo. Verificou-se, ainda, que as ações atuam no campo assistencialista, o que não o que não configura um cenário propício ao enfrentamento da pobreza e consequente saída das ruas.

Além disso, notou-se que os serviços oferecidos não atingem grande parte da população. Exemplo é o abrigamento suficiente para ao menos 20% da população em situação de rua do município do Rio de Janeiro. Sem expor o péssimo estado em que se encontram os abrigos, o que leva as pessoas a preferirem as ruas. Também não há atendimento suficiente nos CRAS, CREAS e Centro Pop. Os atendimentos do Consultórios na Rua atingiram apenas metade da população.

À vista disso, aponta-se a necessidade de ampliação e reformulação das políticas atuais, que ainda continuam a violar os direitos desta população. E propõe-se a aprovação do Projeto Lei nº 1543/2015 que institui a Política Municipal para a População em Situação de Rua, que apresentem uma perspectiva intersetorial, de fato, como exposto no Art. 11, inciso IV – "propor medidas que assegurem a articulação intersetorial das políticas públicas municipais para o atendimento da população em situação de rua".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu, antes de tudo, dar visibilidade à população em situação de rua, que vive a incerteza do amanhã; se terá o que comer, aonde dormir, ou até mesmo se estará viva. O reconhecimento dos seus direitos na teoria, não lhes deu reconhecimento na prática. As Leis Criminais do Império aqui vistas, apesar de suprimidas, se configuram de outras formas: ações higienistas, repressão, choque de ordem.

É momentoso ressaltar que este trabalho se deparou com diversas dificuldades. A falta de dados, censos e transparência sobre a população em situação de rua tornou a pesquisa mais complexa do que aparentava ser. Além disso, foram constatadas incoerências na divulgação de dados. Percebe-se, ainda, que há um desinteresse muito grande do Municípios, Estados e União em aprofundar o debate a certa desta população.

Em relação à elaboração da Política Nacional sobre a População em Situação de Rua, pode-se dizer que foi passo dado muito importante. Primeiro, por tratar-se da única política em nível federal destinada a garantir uma vida digna à população em situação de rua. E, segundo, porque o seu texto traz uma inovação: a "intersetorialidade".

Entretanto, nesta análise, identificou-se que as ações, na prática, são muito individualizadas, com pouco conversa entre si e tampouco agem transversalmente. Como apontam Bronzo e Costa (2012), a grande questão das políticas de enfrentamento à pobreza é que elas contêm uma forte orientação normativa, entretanto, o marco analítico, que é o que a torna viável, se mostra muito vulnerável. Neste sentido, deve ser utilizada uma combinação de fatores: faixa etária, problemas relativos aos territórios, saúde, satus social, raça, gênero, deficiência, para que, com efeito, as ações promovam o acesso aos direitos sociais. Os autores destacam, ainda, que há um convencimento de que as políticas intersetoriais são necessárias, entretanto, "os aspectos socioculturais que salientam o individualismo e os valores da competição" atrapalham sua concretização (BRONZO E COSTA, 2012, p. 72.).

Ademais, a PNPSR mostrou-se muito frágil na medida em que se verificou a baixa adoção de instrumentos próprios pelos entes federativos, e o altos índices estatístico de violações sofridas pela população em situação de rua nos anos que sucederam a criação da política, principalmente nos anos que ocorreram os megaeventos.

O município do Rio de Janeiro é um dos entes que se enquadram naqueles que não aderiram à política. As políticas analisadas por este trabalho, no âmbito municipal, se configuraram como políticas assistenciais. A crítica às políticas assistenciais é

que elas não visam devolver ao indivíduo sua autonomia, para que a situação de rua seja revertida. Contudo, se estas políticas assistenciais fossem postas em prática de forma abrangedora, com oferta de serviços em boas condições, demonstrar-se-ia um eficiente atendimento à população em situação de rua. Porém, não foi o que se constatou. Verificou-se, na realidade, uma péssima oferta de serviços assistenciais, que não garantem o mínimo existencial. Pelo contrário, só contribuem para violação de seus direitos.

Estes fatos chamam atenção para o grau de institucionalização da PNPSR que, atualmente, é um Decreto Presidencial. Como sabido, o Decreto, diferentemente da Lei, não produz caráter de obrigatoriedade. Dessa forma, a PNPSR apresenta baixa institucionalização, o que aponta um desinteresse do poder público em atender às necessidades sociais da população em situação de rua. Portanto, este trabalho orienta a institucionalização da PNPSR e a construção de ações intersetorias, que deverão ser construídas por meio de intervenções articuladas nas áreas da saúde, educação, moradia, cidadania e trabalho.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maurício de. A evolução urbana do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Iplanrio, 1997.

ANDRADE, Denise de Almeida; MACHADO, Mônica Sapucaia. Pobreza e a (des)igualdade de gênero: uma relação estruturante. **Nomos**, Fortaleza, v. 38, nº 2, pp. 307-321, jul./dez. 2018. Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33880. Acesso em: 6 mai. 2019.

BARBOSA, Vanessa Maria. O bota-abaixo de Pereira Passos: a tentativa de promover uma nova ética urbana no Rio de Janeiro. **Revista do Arquivo Geral da Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n.5, 2011, p.227-242. Disponível em: http://wpro.rio.rj.gov.br/revistaagcrj/wp-content/uploads/2016/11/e05_a9.pdf. Acesso em: 02 nov. 2017.

BAUMAN, Zigmund. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Claúdia Martinelli. Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2013.

BLUME, Bruno André. Por que um Projeto de Lei pode durar 20 anos para ser aprovado e virar Lei? **Portal Politize**. 2015. Disponível em: http://www.politize.com.br/projeto-de-lei-processo-legislativo/. Acesso em: 15 nov. 2017

BRANDÃO VAZQUEZ, Ana Carolina. De cidade maravilhosa à cidade mercadoria: o Rio de Janeiro como valor de troca. **Revista em Pauta**. Rio de Janeiro, 1º sem. 2017, nº 39, v. 15, pp. 224-238. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/viewFile/30384/21550. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934). **Diário Oficial da União de 16.07.1934.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União de 05.10.1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Decreto de 25 de outubro de 2006. **Diário Oficial da União de 26.10.2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn11024.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009 (Política Nacional para a População em Situação de Rua). **Diário Oficial da União de 24.12.2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). **Diário Oficial da União de 03.10.1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Assistência Social 2013**. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/assistencia_social2013/default_tab_xls.shtm. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2007/graficos_pdf.pdf. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **ESTIMATIVA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NO BRASIL**. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246_sumex.pdfd. Acesso em 15 Set. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica de Assistência Social). **Diário Oficial da União de 08.12.1993.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. LOA - Lei Orçamentária Anual (vários anos). **Diário Oficial da União (várias datas).** Disponível em: http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa. Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Inclusão das pessoas em Situação de Rua no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal**. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/cartilhas/inclusao_pessoas_rua_Cadunico.pdf. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Mapa de Oportunidades e de Serviços Públicos**. Disponível em: https://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/mops/#. Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Orientações Técnicas: Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua – Centro Pop**. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes_centro_pop.pdf. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Portal Censo Suas (2016)**. Disponível em: https://aplicacoes.mds.gov.br/sagirmps/portal-censo/. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Rua: Aprendendo a contar. Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/Rua_aprendendo_a_contar.pdf. Acesso em: 25 ago. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Serviço de Acolhimento para Adultos e Famílias**. Brasília, 2015. Disponível em: http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/unidades-de-acolhimento/servico-de-acolhimento-para-adultos-e-familias. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Sistema de Cadastro Suas**. Disponível em: http://aplicacoes.mds.gov.br/cadsuas/visualizarConsultaExterna.html;jsessionid=8D8219C14ACF02330F33F60E683760DD. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRONZO, Carla; COSTA, Bruno Lazzarotti Diniz. **Implementação de políticas públicas: teoria e prática**/Organizador: Carlos Aurélio Pimenta de Faria. Belo Horizonte. Ed. PUC Minas, 2012. 406 p.: il.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Elementos para uma teoria jurídica das políticas públicas. Saraiva: São Paulo, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 1-49.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de Referência de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. *In:* SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; BRASIL, Patricia Cristina (Orgs.). **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Páginas & Letras, 2015.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1988.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. **Direitos Humanos e Criminalização da Pobreza**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/Direitos_Humanos_e_Criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_Pobreza.pdf. Acesso em: 11 nov. 2017.

COMITÊ POPULAR DA COPA. **Megaeventos e Violações dos Direitos Humanos no Rio de Janeiro Dossiê do Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.childrenwin.org/wp-content/uploads/2015/12/Dossie-Comit%C3%AA-Rio2015_low.pdf. Acesso em: 25 nov. 2017.

DANTAS, Monica. **Construção de Políticas Públicas para População em Situação de Rua no Município do Rio de Janeiro: Limites, Avanços e Desafios**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/5015/2/900.pdf. Acesso em 13 Out. 2017.

ENGSTROM, Elyne Montenegro; TEIXEIRA, Mirna Barros. Equipe "Consultório na Rua" de Manguinhos, Rio de Janeiro, Brasil: práticas de cuidado e promoção da saúde em um território vulnerável. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 21, n. 6, p. 1839-1848, Junho 2016. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015216.0782016.

FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS - BRASIL. **Projeto FLACSO 01/2014 – "Organização, fortalecimento e articulação das iniciativas de promoção dos direitos humanos"**. Disponível em: http://flacso.org.br/files/2015/11/Edital-TOR-POP-RUA-ENEDH%20publicado.pdf. Acesso em: 17 nov. 2017.

MARX, Karl. **O capital**. Livro 1. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELO, Tomás Henrique de Azevedo Gomes. **A Rua e a Sociedade: articulações políticas, socialidade e a luta por reconhecimento da população em situação de rua**. Curitiba: 2011. Dissertação (mestrado em antropologia) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/ppga/files/2012/04/A-Rua-e-a-Sociedade-Melo-Completa2.pdf. Acesso em: 23 ago. 2017.

PACHUKANIS, Evguiéne. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PEREIRA, Camila Potyara; SIQUEIRA, Marcos César Alves. **Criminalização da Mendicância e a Realidade da População de Rua no Brasil**. XIII Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais. Brasília, julho a agosto de 2010. Disponível em: http://www.neppos.unb.br/publicacoes/Artigo%20Camila%20e%20Marcos%20CBAS%202010.pdf. Acesso em: 28 ago. 2017.

PEREIRA, Luiz Ismael. A estrutura jurídica do moinho satânico: a luta de classes que Polany não encarou. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico**. Belo Horizonte. Ano 3, nº 5, mar./ago. 2014, pp. 191-205.

PEREIRA, Luiz Ismael. O impacto do debate do populismo na teoria jurídica das políticas públicas. In: SMANIO, Gianapaolo Poggio *et alli*. **Políticas públicas no Brasil:** trajetórias, conquistas e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 31-52.

POLANY, Karl. **A grande transformação:** as origens da nossa época. 2.ed. Trad. Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RIO DE JANEIRO (Município). **Censo População de Rua 2013: um direito à cidade**. Disponível em: http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4576565/4118206/PesquisaCenso.pdf. Acesso em: 10 set. 2017.

RIO DE JANEIRO (Município). Câmara dos Vereadores. **Projeto de Lei nº 1543**, de 22 de setembro de 2015. Institui a Política Municipal para a População em Situação de Rua e dá outras providências. Disponível em: http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1316.nsf/13df1141087cf5230325775900523a40/448d60e16ad2a95383257ec00062253e?OpenDocument. Acesso em: 05 jan. 2018.

ROSA, Cleisa Moreno Maffei. **Vidas de Rua**. São Paulo: Hucitec, 2005.

SERAFINO, Irene; LUZ, Lila Cristina Xavier. Políticas para a população adulta em situação de rua: questões para debate. **Rev. Katálysis**. Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 74-85, jun. 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.1590/1414-49802015000100008.

SILVA, Maria Lucia Lopes da. **Mudanças recentes no mundo do trabalho e o fenômeno população em situação de rua no Brasil 1995-2005**. 2006. Dissertação (Mestrado em Política Social). Universidade de Brasília. Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1763/1/2006_Maria%20Lucia%20Lopes%20da%20Silva.pdf. Acesso em: 28 ago. 2017.

SOUZA, Vanderlei Sebastião. Por uma nação eugênica: higiene, raça e identidade nacional no movimento eugênico brasileiro dos anos 1910 e 1920. **Revista Brasileira de História da Ciência.** Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 146-166, dezembro 2008.

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PARA ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE RUA: ENTRE AUTONOMIA E IGUALDADE DE PRESTAÇÃO

Raquel Coelho de Freitas[*]

Resumo

Nesta pesquisa, objetiva-se investigar a efetivação do direito à educação para adolescentes em situação de rua. Parte-se do pressuposto constitucional de que a educação é direito fundamental e deve ser prestada a todas as crianças e adolescentes com absoluta prioridade, nos termos da própria Constituição Federal de 1988, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 1990. Toma-se como hipótese que a situação de rua envolve crianças e adolescentes em uma série de violações de seus direitos fundamentais, e que a educação, primordial para o processo de desenvolvimento e inserção social da criança e do adolescente e para promoção da igualdade, integra o rol desses direitos. Para tanto, procede-se a um estudo qualitativo, por meio do método dedutivo e utilizando como fontes: referências bibliográficas, documentos históricos, teses, dados fornecidos por órgãos oficiais e a legislação pertinente. Desse modo, observa-se uma multiplicidade de fatores que contribuem para a manutenção da exclusão educacional desses adolescentes, denotando uma ausência conjunta do Estado, da família e da sociedade, o que permite concluir que para efetivação do direito à educação, primeiramente, faz-se necessário garantir-lhes não ser de rua.

Palavras-Chave

Direito fundamental à educação. Adolescentes em situação de rua. Autonomia. Igualdade educativa.

[*]Professora Associada da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro -- UERJ, 2004, onde defendeu a primeiro tese de doutorado em direito no Brasil sobre as políticas de ação afirmativa no ensino superior; Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela Harvard Law School; Especialista em Violência Urbana pela Universidade Federal de Pernambuco. Desenvolveu pesquisa de doutorado na Northeastern University, Boston, EUA, sobre políticas públicas para crianças e adolescentes após a CF/88. Foi também Pesquisadora-visitante da Harvard Law School onde desenvolveu pesquisas sobre imigrantes ilegais e refugiados políticos, e estagiou no Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em Genebra, Suíça. Além de bolsas da CAPES e do CNPq, foi agraciada com a bolsa Paulo Bonavides; recebeu bolsa da Fundação Ford para Coordenar o Projeto Raça & Poder na UNIRIO e o Projeto Políticas da Cor do Laboratório de Políticas Públicas na Uerj; recebeu bolsa da Fulbright de Professora Visitante em Boston; foi bolsista da Fundação Carolina para desenvolver pesquisa sobre a fundamentação constitucional do Direito das Minorias, em Valladolid, Espanha, e teve pesquisa do BID aprovada para estudar questões raciais. Foi também nomeada pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro para compor a Câmara Técnica do Governo para elaboração do projeto "Rio sem Homofobia". Atualmente, leciona Direito Constitucional e Direito Municipal na graduação, e Teoria da Cidadania e Relações Internacionais na pós-graduação da UFC. Coordena o Projeto Direito das Minorias e Fortalecimento de Minorias vinculado ao CNPq, e o Núcleo de Estudos Aplicados Direito, Justiça e Infância, NUDI JUS.

FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION FOR ADOLESCENTS IN STREET SITUATION: BETWEEN AUTONOMY AND EQUALITY OF PROVISION

Abstract
In this research, the objective is to investigate the effectiveness of the right to education for adolescents in the street. It is based on the constitutional assumption that education is a fundamental right and must be given to all children and adolescents with absolute priority, according to the Federal Constitution of 1988, of the Convention on the Rights of the Child, of 1989, and in the Statute of the Child and Adolescent, Law nº 8.069, of 1990. It is hypothesized that the street situation involves children and adolescents in a series of violations of their fundamental rights, and that education, primordial for the process of development and social insertion of children and adolescents and for the promotion of equality, integrates one of these rights. For that, a qualitative study is carried out using the deductive method and using as sources: bibliographic references, historical documents, theses, data provided by official bodies and relevant legislation. Thus, there is a multiplicity of factors that contribute to the maintenance of the educational exclusion of these adolescents, denoting a joint absence of the State, the family and the society, which allows to conclude that, first, it is necessary to guarantee them not to live in the street.

Keywords
Fundamental right to education. Adolescents in street situation. Autonomy. Educational equality.

INTRODUÇÃO

O direito à educação, compreendido de forma ampla – considerando tanto os processos de transmissão de cultura, realizados em casa, quanto os processos de aprendizagem realizados na escola - é visto como fundamento para que o sujeito possa desenvolver suas habilidades, autonomia, consciência de si e do que lhe cabe na sociedade e, consequentemente, proporcionar mudança de vida.

A educação foi reconhecida na Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado e da família, inclusive com a previsão do ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, devendo ser assegurada de modo igualitário, respeitando a diversidade dos sujeitos, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania. Todavia, o reconhecimento legal desse direito não foi suficiente para que fosse garantido de forma efetiva, tanto que condições desiguais no acesso a serviços educacionais continuam sendo realidade no Brasil.

Assim, questiona-se: Como é possível garantir o direito à educação aos adolescentes em situação de rua? Como resposta, busca-se identificar o direito à educação como direito público subjetivo, a própria compreensão da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos, a educação como essencial para a formação de sujeitos autônomos, as questões relacionadas ao acesso e à permanência de adolescentes em situação de rua na escola e, por fim, a igualdade nas políticas educativas.

Como metodologia, procede-se a um estudo qualitativo, por meio do método dedutivo e utilizando como fontes: referências bibliográficas, documentos históricos, teses, dados fornecidos por órgãos oficiais e a legislação pertinente. Desse modo, possibilitar-se-á a compreensão de como tem sido o trato da questão da garantia do

direito à educação para adolescentes em situação de rua, observando-se uma multiplicidade de fatores que contribuem para a manutenção da exclusão educacional desses adolescentes, o que denota uma ausência conjunta do Estado, da família e da sociedade.

1 O ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE RUA E O SEU DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

No artigo 6º da Constituição de 1988, a educação é identificada como direito social1, ao lado da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do transporte, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados.

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais[2] dos homens, seriam: "Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais." (SILVA, 2005, p.286).

Os direitos sociais formam, desse modo, o esqueleto do Estado social brasileiro estabelecido pela Constituição de 1988, ao que Bonavides questiona:

São eles porventura da mesma natureza e do mesmo grau dos demais direitos fundamentais, a saber, aqueles provenientes da herança liberal – os chamados direitos da liberdade – ou compõem uma categoria de todo distinta, inconfundível para fins de reconhecimento ou execução do Estado? (BONAVIDES, 2015, p.382).

---

[1] A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, elaborada por uma comissão específica da Organização das Nações Unidas (ONU) foi redigida com o intuito de proclamar definitivamente os direitos fundamentais da humanidade e o respeito à dignidade humana. A partir dela, passa a ter reconhecimento internacional a definição de direitos humanos com o acúmulo de três níveis diferentes de direitos: os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais (MONDAINI, 2008, p. 148). Previsão que foi seguida e ampliada pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) celebrados em 1966. O PIDCP estabeleceu direitos políticos enderecados ao indivíduo, e o PIDESC, deveres endereçados aos Estados, o que, certamente, foi abarcado pelo legislador constituinte de 1988, no Brasil.

[2] Bonavides (2015, p.576-577) indica que o conteúdo dos direitos fundamentais foi expresso através do lema revolucionário francês do século XVIII: *liberté, égalité et fraternité*. A partir de então, coube inserir na ordem jurídica positiva os direitos e conteúdos materiais aos quais se referiam cada um dos três postulados. No ano de 1979, durante a aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, Karel Vasak apresentou as primeiras lições a respeito dos direitos de primeira, segunda e terceira gerações, respectivamente, direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade. Os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, sendo os primeiros a constar nos normativos constitucionais: os direitos civis e políticos (BONAVIDES, 2015, p.577). Os direitos de segunda geração, os de igualdade, seriam os direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no ordenamento constitucional das distintas formas de Estado Social (BONAVIDES, 2015, p.578). Os direitos fundamentais de terceira geração, para a teoria clássica, seriam aqueles que não estão destinados à proteção específica de um indivíduo, de uma coletividade ou de um Estado: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito à comunicação e o direito ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2015, p. 583-584). Bonavides (2015, p.586) sugere, todavia, que "o vocábulo "dimensão" substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo "geração", caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade". Assim, além de sugerir a substituição do termo geração pelo termo dimensão, Bonavides (2015) propõe a existência de uma quarta e uma quinta geração dos direitos fundamentais, quais sejam: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, como direitos de quarta geração; e o direito à paz, como direito de quinta geração.

Para o autor, os que negam a identidade estariam divididos em dois grupos: i) os que afirmam a superioridade dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais, tendo como base o direito natural e reduzindo os direitos sociais básicos a simples direito social; e ii) os que sustentam a prevalência dos direitos sociais sobre os de liberdade, cabendo aos direitos sociais a dignidade constitucional de princípio e, à igualdade, o caráter de critério imperativo de interpretação da Constituição no que se refere aos direitos sociais (BONAVIDES, 2015, p.383).

Para além da discussão, Bonavides atribui aos direitos sociais o caráter desestabilizador das Constituições: "Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime" (BONAVIDES, 2015, p.389). E mais, os direitos sociais teriam a qualidade de, materialmente, atribuir dinamicidade à Constituição:

Por isso mesmo, a Constituição dos direitos sociais básicos, das normas programáticas[3], ao contrário portanto da Constituição do Estado liberal, que pretendia ser a Constituição do repouso, do formalismo, da harmonia, da rígida separação dos poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade. (BONAVIDES, 2015, p.389).

Como direito social, o ensino deve ser ministrado, na perspectiva do disposto no artigo 206 da Constituição de 1988, considerando os seguintes princípios: i) igualdade de condições para o acesso e para a permanência na escola; ii) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; iii) pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, bem como coexistência de instituições públicas e privadas; iv) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; v) valorização dos profissionais da educação escolar; vi) gestão democrática do ensino público; vii) garantia de padrão de qualidade; viii) piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (BRASIL, 1988, p. 87).

Desse modo, a previsão do direito à educação instituída na Carta Constitucional tem como referencial o disposto no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, através do qual a educação é fixada como direito de todo ser humano; devendo ser gratuita, pelo menos, nos níveis elementares; obrigatória e acessível a todos; orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e no respeito pelos direitos e pelas liberdades fundamentais do ser humano;

[3] Dentre as possíveis classificações das normas constitucionais, José Afonso da Silva, considerando os aspectos eficácia e aplicabilidade, as divide em: i) eficácia plena e aplicabilidade imediata; ii) eficácia contida e aplicabilidade imediata; e iii) eficácia limitada, subdividida em normas definidoras de princípio institutivo e normas definidoras de princípio programático. As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa, sendo, portanto, de aplicabilidade imediata, já que são dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade (SILVA, 2002, p. 101-102). As normas constitucionais de eficácia contida, para Silva (2002, p. 116), são as que têm aplicabilidade imediata e direta, tendo eficácia independente da vontade do legislador ordinário, uma vez que sua aplicabilidade não está adstrita a uma normação ulterior, embora passe a depender dos limites que ulteriormente lhe estabeleçam a lei. Já as normas constitucionais de eficácia limitada, divisíveis em normas definidoras de princípio institutivo e normas definidoras de princípio programático apresentam como característica, respectivamente: i) o fato de indicar uma legislação futura que lhe complete a eficácia e lhe dê efetiva aplicação (SILVA, 2002, p. 123), e ii) o fato de que o legislador constituinte, ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos, um programa de ação a ser "adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade." (BONAVIDES, 2015, p.253).

promotora de compreensão e tolerância entre as nações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p.3).

O direito à educação expresso pela faceta da igualdade representa uma importante base axiológica para dotá-lo de plena eficácia social[4]: "Sem a presença de tal "sopro" igualitarista, perderia sentido o sistema educacional, que exige, por coerência própria, a acessibilidade do aparato educacional do Estado a todos os indivíduos, indistintamente." (HORTA, 2007, p.129).

A compreensão de educação, todavia, não pode estar restrita ao aspecto formal ou regular. Ao contrário, "há uma relação jus-educacional quando houver alguém regularmente aprendendo e outro ensinando" (POMPEU, 2005, p.93), tanto que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determina, já em seu primeiro artigo que: "A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais." (BRASIL, 1996, p.1).

A educação foi prevista pelo legislador como um processo amplo de formação do homem, "que se desenvolve dentro e fora da escola, retirando o seu substrato de todas as formas de convivência social" (SIFUENTES, 2009, p.29). O direito à educação tem, portanto, expressões formais e não formais e, no âmbito do direito da criança e do adolescente, conforme disposto no artigo 4º do ECA, deve ser prestado com absoluta prioridade, o que reflete a preferência na formulação e na execução das políticas públicas sociais, por exemplo.

1.1 Qual o papel do Estado?

A educação regida pelo conceito de dignidade humana insere-se no conjunto valorativo básico do texto constitucional. Assim, é individualizada como bem jurídico, ao mesmo tempo em que ganha contornos de essencialidade ao desenvolvimento nacional, à construção de uma sociedade justa e solidária e ao preparo da pessoa para o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais, sociais (RANIERI, 2013, p.67).

Nos termos do artigo 205, da CRFB/1988, a educação é "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (BRASIL, 1988, p. 87). Desse modo: "Em favor do indivíduo, há um direito subjetivo exigível; em relação ao Estado, um dever jurídico a cumprir." (POMPEU, 2005, p.89).

[4] Consoante Silva (2002, p.65), a eficácia do Direito pode ser expressa em dois sentidos: a eficácia social e a eficácia jurídica. A eficácia social designa uma efetiva conduta compatível com a prevista pela norma, relaciona-se, portanto, ao efetivo cumprimento da norma, ao que se atribui o nome de efetividade. Por seu turno, a eficácia jurídica é a qualidade de produzir efeitos jurídicos ao regular situações e comportamentos.

Sifuentes (2009, p.27) atribui ao Estado, em matéria de ensino, um duplo papel: i) "integrar a educação na vida política, econômica e social, no seu conjunto, de modo a preservar a unidade entre as pessoas e os grupos que compõem a comunidade nacional" e ii) "assegurar a efetivação do direito à educação de todos os cidadãos, especialmente dos menos favorecidos."

A efetivação do direito social à educação deve observar, ainda, nos termos do artigo 208 da Constituição de 1988: i) a educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos, assegurada sua oferta gratuita aos que a ela não tiverem acesso na idade própria; ii) progressiva universalização do ensino médio gratuito; iii) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência na rede regular de ensino, preferencialmente; iv) educação infantil às crianças até 5 (cinco) anos; v) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; vi) oferta regular de ensino noturno; vii) atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, de transporte, de alimentação e de assistência à saúde (BRASIL, 1988, p. 88).

Nessa perspectiva, a Constituição identifica o acesso à educação básica obrigatória - dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos - e gratuita como direito público subjetivo, importando, a ausência de prestação ou a oferta irregular, responsabilidade da autoridade competente, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 208 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988, p.88). O reconhecimento da educação como direito público subjetivo estabelece, para os brasileiros, uma relação protegida pelo Estado (POMPEU, 2005, p.93). Como consequência, conforme Medeiros (2001, p. 48), usufruem da mesma condição "todos aqueles direitos que decorrem do ensino fundamental [leia-se educação básica] e o complementam, tais como, por exemplo, a assistência ao educando, por meio de programas suplementares de concessão de alimentação, material escolar, assistência social e à saúde", como estabelece o artigo 208, VII, da CRFB/1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009.

A relação bilateral incluiria, assim, o dever do Estado de promover, proteger e garantir o direito à educação; o dever da família de promover o acesso à educação e o dever da sociedade de financiá-la. De outra parte, o Estado, enquanto sociedade política, teria expectativas em relação aos titulares desse direito, traduzidas: "Nas exigências da cidadania, que demandam participação política e contribuição individual e coletiva para a construção dos objetivos nacionais" (RANIERI, 2013, p. 56), sendo a educação, ao mesmo tempo, autonomia moral e autorresponsabilidade na atuação social e política.

2 MEU DIREITO? COMO ASSIM, MEU DIREITO?

O reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direito passa pela constatação, primeira, dos direitos do homem. De fato, Bobbio (2004, p.17-18) indica que a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, representou o *consensus omnium gentium*[5]

[5] Em uma tradução livre: o consentimento de todas as nações.

ou *humani generis*[6] sobre um determinado sistema de valores, dando início a uma comunidade de indivíduos livres e iguais e não apenas a uma comunidade de Estados.

A Declaração Universal representou, portanto, "o momento inicial da fase final de um Processo, o da conversão universal em direito positivo dos direitos dos homens" (BOBBIO, 2004, p.19). Mormente, quando a expressão "direitos do homem" sugere, para Bobbio (2004, p.20,24), a existência de uma categoria homogênea ou faz pensar na existência de direitos pertencentes a um homem abstrato, e, como tal, apartado do fluxo da história, o que é enganoso, já que os direitos ditos humanos seriam produtos da própria civilização humana.

Bobbio (2004, p.26) aduz que a identificação de direitos do homem passou por distintos processos históricos: desde a difusão das doutrinas jusnaturalistas; passando pela própria Declaração Universal - cujas disposições foram incluídas nas Cartas Constitucionais dos Estados liberais; pelo nascimento, desenvolvimento e afirmação do Estado de Direito; até chegar ao pós Segunda Guerra Mundial, momento em que o problema passa da esfera nacional para a internacional, envolvendo todos os povos.

Nessa tendência de evolução da doutrina dos direitos do homem, os processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização foram acompanhados pela especificação – consistente "na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos." (BOBBIO, 2004, p.31).

Bobbio (2004, p.33) identifica, para além da evolução, três elementos relacionados à multiplicação dos direitos dos homens, quais sejam: i) o aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; ii) a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; iii) a desconsideração do homem como ser apenas genérico e a visão do homem na concreticidade de ser em sociedade.

No que diz respeito ao aumento de bens tuteláveis, Bobbio (2004, p.33) suscita a passagem dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais[7]. Em relação à extensão da titularidade de direitos, verifica "a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da "pessoa" -, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em conjunto" (BOBBIO, 2004, p.33, grifo do autor). E, por fim, quanto à especificação, Bobbio (2004, p.34) aponta a passagem do "homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico, tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas)", que revelam diferenças específicas e que não permitem igual tratamento e proteção.

Nesse curso, foi adotada, pela Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças, em 20 de novembro de 1959, através da qual, cri-

[6] Em uma tradução livre: a humanidade.
[7] Para Bobbio (2004, p.36), o mundo das relações sociais é complexo, sendo exigível, para a vida e para a sobrevivência dos homens, direitos fundamentais outros que não apenas o direito à vida, à liberdade e à propriedade, a exemplo do direito à instrução.

anças e adolescentes foram reconhecidos como sujeitos, identificando, pois, seus direitos como "*ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*[8]." (BOBBIO, 2004, p.21, grifo do autor).

Ainda em seu preâmbulo, a Declaração de 1959 reconheceu a condição peculiar de desenvolvimento ao indicar que: "a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959, p.1).

Dois outros princípios foram ainda reconhecidos: i) o melhor interesse da criança, como estabelecido no Princípio nº 2 da Declaração de 1959[9], e ii) a proteção integral, como aduz o Princípio nº 8: "A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959, p.1), além de uma proteção ampla aos direitos de liberdade e sociais de crianças e adolescentes.

Em seguida, a Organização das Nações Unidas adotou, em 20 de novembro de 1989, a Convenção sobre os Direitos das Crianças[10], através da qual foi definido o que se pode entender como criança, embora sem uma diferenciação em relação à adolescência: "considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes." (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, p.6).

Foram reforçados os princípios da condição peculiar de desenvolvimento e da proteção integral. Prevendo um rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, a Convenção de 1989 deixou claro o caráter indissociável dos direitos humanos (LOPES, 2016, p.129), indicando que o século XX foi momento de descoberta, valorização, defesa e proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes:

> No século XX formulam-se os seus direitos básicos, reconhecendo-se, com ele, que a criança é um ser humano especial, com características específicas, e que tem direitos próprios. [...] A origem e o desenvolvimento do processo de criação dos Direitos da Criança integram o movimento de emancipação progressiva do homem e em seguida da mulher. [...] Com os avanços da medicina, das ciências jurídicas, das ciências pedagógicas e psicológicas, o século XX descobre a especificidade da criança e a necessidade de formular seus direitos, que passam a ser tidos como especiais. (MARCÍLIO, 1998, p.47-48).

A Constituição de 1988[11], reconhecendo as especificidades dos diferentes sujeitos de direitos, estabeleceu, em seu artigo 227, ser dever da família, da sociedade e

[8] Em uma tradução livre: dar a cada um o que lhe pertence.

[9] A criança gozará de proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959, p.1).

[10] Tanto a Declaração de 1959, quanto a Convenção de 1989 foram ratificadas pelo Brasil. A última, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

[11] A década de 1980 foi marcada por movimentos de mobilização social em meio ao processo de abertura política que o Brasil vivenciava. O Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMMR) e o movimento Criança e a Constituinte representaram espaço para reivindicações pelo

do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, deixando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Passou a vigorar, no Brasil, a Doutrina da Proteção Integral, através da qual crianças e adolescentes, reconhecidos em sua dignidade, são considerados sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento e que necessitam de proteção especial e garantia de direitos por parte dos adultos: família, sociedade e Estado (COSTA, 2012, p. 131).

Nesse sentido, a Constituição reconheceu as diferenças formadoras da identidade de determinados grupos de sujeitos – crianças e adolescentes - em relação à sociedade: "São considerados sujeitos autônomos, mas com exercício de suas capacidades limitadas em face de sua etapa de vida. Titulares de direitos e também de obrigações ou responsabilidades, as quais são graduais na medida de seu estágio de desenvolvimento." (COSTA, 2012, p. 132).

A Doutrina da Proteção Integral deve ser entendida como proteção à pessoa e ao desenvolvimento e não à pessoa em si, como diferencia Costa (2012, p. 133), caso contrário, "continuar-se-ia a considerar a pessoa como se objeto fosse, o que fez parte da tradição histórica do tratamento de crianças e adolescentes pela sociedade e pelo Estado". E, para tanto, necessário observar os princípios da prioridade absoluta e da condição peculiar de desenvolvimento, por exemplo[12].

O princípio da prioridade absoluta revela, como objetivo constitucional, a responsabilidade da família, do Estado e da sociedade quanto à garantia prioritária dos direitos previstos para crianças e adolescentes, tanto frente a outras necessidades e direitos, no campo social mais amplo, quanto nas relações horizontais (COSTA, 2012, p.147).

O princípio da condição peculiar de desenvolvimento destaca que crianças e adolescentes estão em processo de desenvolvimento de sua personalidade, o que não se confunde, todavia, com o reconhecimento da peculiaridade em relação ao adulto que irá se tornar, mas em relação à pessoa diferenciada – criança ou adolescente (COSTA, 2012, p.158-159). O processo de desenvolvimento, contínuo ao longo da vida dos sujeitos, especialmente durante a infância e a adolescência, é de fundamental importância para garantir o pleno exercício da vida: "O reconhecimento dessa condição

fim da vigência do Código de Menores de 1979, sua substituição pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e pela inserção, no âmbito constitucional, de direitos que garantissem proteção às crianças a aos adolescentes, o que resultou, em 1987, na instauração da Comissão Nacional da Criança e Constituinte e, em 1988, na previsão Constitucional de direitos para crianças e adolescentes (BASTOS, 2015, p. 61).

[12] O princípio do interesse superior da criança, embora não positivado na Constituição de 1988, foi previsto pela Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, em seu artigo 3, 1: "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989, p.6). Sua previsão e uso estão relacionados à percepção dos direitos cabíveis às crianças e adolescentes como um conjunto amplo, em harmonia, sendo, portanto, usual no caso concreto (COSTA, 2012, p.153).

de especificidade, ou do sujeito nessa faixa etária, considerando sua realidade geracional e cultural, é condição singular para seu pleno exercício de cidadania e de convivência social.[13]" (COSTA, 2012, p.158).

O enunciado constitucional é reforçado pelas determinações da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que indica em seu artigo 3º: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei [...]" (BRASIL, 1990, p. 1), sendo, por certo, dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar os diretos fundamentais, quais sejam: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

2.1 Autonomia dos seres: a educação como necessidade primordial

A Modernidade constituiu-se pela heterogeneidade de sociedades e pela consequente multiplicidade de racionalidades e códigos, exigindo, pois, da Política, a sistematização da ordem socioestatal e a limitação do poder; e, do Direito, a constitucionalização dos direitos fundamentais, com vistas à satisfação das necessidades humanas (individuais e grupais) multifacetadas (GUSTIN, 2016, p. 31).

As necessidades, desde a perspectiva de Gustin (1999, p.24), seriam divididas em quatro suposições teóricas[14], quais sejam: i) sobrevivência[15]; ii) integração societária[16]; iii) identidade[17]; e iv) maximização das competências coletivas e individuais de atividade criativa[18].

Assim, mais do que uma concepção negativa[19], que representa falta ou ausência de algo, o reconhecimento das necessidades importa no sentido de superação ou minimização de danos, devendo ser garantidas, aos indivíduos, grupos ou coletividades, oportunidades aptas a permitir "capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar a potencialidade de atividade criativa" (GUSTIN, 1999, p. 27). Logo, a realização ou a não superação das necessidades

[13] Macerata, Magalhães e Resende (2016, p.138) aduzem que: "A maneira hegemônica de entender e se relacionar com essas pessoas que vivem nas ruas é considerando-as "peças mal feitas", indivíduos mal formados, cuja desgraça e condição estão localizadas em algum problema de desajuste individual ou, no máximo, familiar, desconsiderando todo um modo de funcionamento de nossa sociedade". Refletem no sentido de que o reconhecimento das pessoas em situação de rua enquanto sujeitos de direitos passa, necessariamente, pela identificação da vida como experiência singular. Seria necessário, então, um novo esforço internacional e nacional no sentido de constatação de categorias humanas ainda mais singulares (como as pessoas que vivem em situação de rua ou os refugiados?).

[14] Gustin (2016, p.31-32) aduz que, embora de natureza social e cultural - em referência às necessidades, é possível identificar a existência de necessidades humanas generalizáveis não só aos membros de uma comunidade, mas a todo ser humano dotado de potencial atividade criativa e interativa.

[15] Para Gustin (1999, p. 24) a segurança da sobrevivência seria comum a todos os seres vivos (e fundamental); no ser humano, é constrangida pelas determinações temporais, sociais e culturais.

[16] Os indivíduos necessitam trocar experiências, relacionar-se em comunidades ou em sociedades estruturadas a partir de regras de convivência – integração esta que se constrói historicamente (GUSTIN, 1999, p. 24).

[17] Gustin (1999, p.24) relaciona a identidade com a necessidade de individualização dos seres e de distinção de papeis, o que se constitui a partir das escolhas realizadas em determinado contexto social.

[18] Maximização no sentido de superação das limitações ambientais e naturais, exigindo autodeterminação e emancipação com vistas ao desenvolvimento das potencialidades (GUSTIN, 1999, p.24).

[19] A necessidade, segundo orientam Thomson e Añón Roig, é uma situação ou estado de caráter não intencional e inevitável, caracterizado pela privação do que é básico e imprescindível, colocando as pessoas (individual ou coletivamente) em relação direta com dano, privação e sofrimento, degenerativos da qualidade de vida humana e do bem-estar, até que uma satisfação permita uma atuação em sentido reverso (GUSTIN, 1999, p. 27).

teria o poder de afetar, positiva ou negativamente, a plenitude do indivíduo ou dos grupamentos humanos (GUSTIN, 2016, p. 33).

A superação dessa condição de necessidade seria possível a partir do desenvolvimento da condição de autonomia, indispensável à atuação do ser humano (individual e coletivo) no sentido de: "Criar e recriar condições que permitam a superação de seus sofrimentos graves, sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua libertação dos constrangimentos internos e externos." (GUSTIN, 1999, p. 27).

A autonomia representa, para o ser, a capacidade de tomar as próprias decisões, de formular objetivos e definir estratégias para atingi-los (GUSTIN, 1999, p.31). Em termos restritos, autonomia equivaleria à capacidade de ação e intervenção da pessoa ou do grupo sobre as condições de sua forma de vida - ao que Gustin (1999, p. 31) denomina de autonomia de ação.

Para além, Gustin (1999, p.31) identifica outra esfera[20] de autonomia a qual denomina de autonomia crítica:

> "que não se refere somente ao poder de ação de um indivíduo, mas também e principalmente, a seu poder de apreender e de ordenar conceptualmente seu mundo, sua pessoa e suas interações e de deliberar de forma consciente sobre sua forma de vida".

Inclusive discute a concepção liberal de autonomia, a partir da qual se considera autônomo o ser autossuficiente (o ser que se realiza em si), sugerindo, ao contrário, que a autonomia deva ser compreendida a partir de "uma natureza que se desenvolva através da sociabilidade e que se realize nessa condição" (GUSTIN, 1999, p.31). A autonomia derivaria, assim, da interação: "É no desenvolvimento psicossocial e através da comunicação de valores e regras que se torna viável a uma pessoa o desenvolvimento da autonomia crítica." (GUSTIN, 1999, p.31).

Assim, a autonomia de uma pessoa em relação à outra se dá quando ela é capaz de justificar suas escolhas e decisões por meio de formas discursivas: "Ser autônomo é saber que se está agindo com um caráter autônomo em relação aos valores e regras do outro" (GUSTIN, 1999, p.32). A autonomia é, pois, uma necessidade humana de natureza social e que se desenvolve de forma dialógica.

Partindo da perspectiva da autonomia como necessária à superação das necessidades individuais e coletivas, bem como da perspectiva da autonomia como emergente da interação e da sociabilidade, a educação - nos seus aspectos formais e informais - pode ser apontada como elemento indispensável para formação desses sujeitos autônomos.

Carvalho (2017, p. 45), ao reproduzir o pensamento de Arendt[21], assinala que a educação - ou etapa formativa de iniciação ao mundo, teria, justamente, o caráter de

[20] Embora sugira a existência de distinção entre a autonomia de ação e a autonomia crítica, Gustin (1999, p.31) indica que são categorias inseparáveis e, por isso mesmo, inviabilizam qualquer tipo de análise separada.

[21] Em seu texto, Carvalho (2017) busca identificar, na obra de Arendt, as discussões a respeito do direito à educação. Nesse sentido, relaciona as ideias de público, privado e sociedade. O público aparece

introduzir o indivíduo numa comunidade política, e não de encerrar o processo ou a capacidade de aprendizagem, muito menos fazer com que o indivíduo se encerre numa identidade definitiva.

A educação seria, portanto, justificável não apenas por seu caráter funcional ou por sua aplicação às demandas da vida, mas "por sua capacidade de se constituir como uma experiência simbólica de relação com o mundo comum.[22]" (CARVALHO, 2017, p.26).

2.2 Direito à educação para adolescentes em situação de rua: uma questão de acesso e permanência

Além de fixar a educação como direito subjetivo, direito de todos e dever do Estado, da família e da sociedade, a Constituição de 1988 estabeleceu princípios para a sua prestação, a exemplo do que determina o artigo 206: "O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]." (BRASIL, 1988, p. 87).

O que se complementa com o que estabelece o artigo 208, VII, CRFB/1988, quanto ao dever do Estado - o "atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, de transporte, de alimentação e de assistência à saúde", acrescentado pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009 (BRASIL, 1988, p.88), significando que a prestação educacional deve, além de acessível a todos, contar com programas que favoreçam a permanência dos alunos, garantidas as condições de material didático, transporte, alimentação, dentre outras.

O reconhecimento da igualdade de condições para acesso e permanência no meio educacional está relacionado à escolha da redução de desigualdades como um dos objetivos da República, assim como da promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988, p.1): "Assim, o projeto de sociedade expresso na Constituição afirma a opção por um Estado Democrático de caráter horizontalizado, com ênfase na redução de desigualdades, desde o reconhecimento das diferenças e especificidades." (COSTA, 2012, p.128).

A redução das desigualdades estaria, assim, associada, dentre outros fatores, à previsão e à garantia do direito à educação para todos, o que se efetivaria através do estabelecimento de condições de acesso e de permanência no meio escolar.

Todavia, a despeito dos avanços legais, o Brasil ainda apresenta panorama de desigualdade no acesso e permanência em todos os níveis, etapas e modalidades de

com o sentido de comunidade, de exterior, de mundo criado pelo artifício humano; o privado ganha conotação de espaço privado do lar e do ser; a sociedade de consumidores, identificada por Arendt como sociedade ou social revela as interligações do social com o econômico, levando a discussão de que a sociedade seria menos uma comunidade política ou cultural e mais uma associação gregária cujo objetivo é a circulação de bens de consumo e a maximização da produção; relações econômicas que estariam presentes, agora, no próprio desenvolvimento da educação, nos modelos de aprendizagem e formação educacional.

[22] A formação educacional implica acolher e iniciar os que são novos no mundo, com o intuito de torná-los aptos a dominar, apreciar e transformar as tradições culturais que formam sua herança simbólica comum e pública (CARVALHO, 2017, p.24).

educação. No que diz respeito à educação básica obrigatória, a Síntese de Indicadores Sociais[23] apresentada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2016, indicou que: i) as taxas de escolarização das crianças de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos subiram de 62,8%, em 2005, para 84,3%, em 2015 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p.57); ii) a taxa de frequência escolar bruta das pessoas entre 6 (seis) e 14 (catorze) anos atingiu 98,6% no ano de 2015 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p.59); iii) a proporção de adolescentes entre 15 (quinze) e 17 (dezessete) anos de idade com frequência à escola passou de 81,6%, em 2005, para 85,0%, em 2015 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p.59).

Quando nos atemos à população infantojuvenil em situação de rua, a pesquisa realizada pelo Núcleo de Articulação dos Educadores Sociais de Rua[24], na cidade de Fortaleza, no ano de 2010, que contabilizou 191 crianças e adolescentes em situação de rua, dentre outros fatores, identificou que: i) 27% conseguiu dar prosseguimento aos estudos até o ensino infantil; ii) 34% havia conseguido cursar o Ensino Fundamental I; iii) 15%, o Ensino Fundamental II; iv) 1%, o Ensino Médio; v) 14% das crianças e dos adolescentes entrevistados não haviam iniciado as atividades educacionais, dispondo, portanto, de nenhum grau de escolaridade, o que denuncia a evasão escolar ao mesmo tempo em que revela o despreparo da oferta de ensino público às crianças e adolescentes em situação de risco (NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO DOS EDUCADORES SOCIAIS DE RUA, 2010, p. 13).

A situação de rua em que permanecem estes meninos e meninas e a exclusão escolar a que estão submetidos integram um quadro maior de pobreza e limitações quanto à prestação de direitos, especialmente do direito à educação, mormente quando discutimos a realização desse direito de forma singularizada e capaz de atender às demandas de acesso e permanência de todos os brasileiros.

3 A IGUALDADE NAS POLÍTICAS EDUCATIVAS

Segundo Gentili (2009, p. 1069), um sistema educacional institucionalmente mais complexo e heterogêneo, menos completo e mais polarizado, segmentado e diferenciado, formado por circuitos nos quais os bens educacionais não se constituem enquanto direitos iguais e inalienáveis, mas cristalizam-se na condição de mercadorias ou concedidas pela graça governamental, tornaria as oportunidades educacionais mais desiguais. Nesses termos, o sistema educacional estaria centrado na "aparente consistência entre o reconhecimento formal de direitos e o tratamento desigual que o mercado concede aos diferentes seres humanos, em virtude de suas também desiguais oportunidades a certos bens e recursos." (GENTILI, 2009, p.1069-1070).

[23] A principal fonte de dados para elaboração deste relatório foi a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2015, conforme metodologia descrita no próprio documento elaborado pelo IBGE.

[24] A Pesquisa anual sobre a vivência de crianças e adolescentes em situação de moradia nas Ruas de Fortaleza foi realizada *in loco* através de colheita de informações pelos educadores sociais e pesquisadores nos espaços de permanência das crianças e adolescentes em situação de rua, resultando em um total de 191 crianças e adolescentes (NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO DOS EDUCADORES SOCIAIS DE RUA, 2010, p. 6).

Para Freitas (2013, p.413), a igualdade formal representaria que "todos têm a mesma igualdade de oportunidades ou de acesso na distribuição de bens escassos", assim não seria utilizado nenhum critério para diferenciar os indivíduos quanto à distribuição de bens, recursos e direitos, com exceção do critério abstrato, universal (FREITAS, 2013, p.413).

Por isso mesmo, ao pensar na distribuição da educação, bem essencial para o desenvolvimento da subjetividade do indivíduo, bem como para a aquisição de autonomia, parece certo que uma simples distribuição cega desse bem social ou mesmo uma igualdade formal de oportunidades garantida legalmente a todos não são suficientes para assegurar um resultado igualitário de oportunidades (FREITAS, 2013, p. 414).

Desse modo, sociedades divididas geram sistemas educacionais divididos, em uma fisionomia de estrutura escolar que "se expande condicionando as oportunidades e distribuindo bens simbólicos de uma forma tão desigual quanto são distribuídos os bens econômicos." (GENTILI, 2009, p. 1070).

Esse sistema escolar partido e dividido não é capaz de alcançar a democratização do acesso, mas se limita a conduzir os sujeitos aos limites de seus direitos e oportunidades:

> "Todos têm o mesmo direito à educação, mas nem todos exercem da mesma forma seu direito à escola, motivo pelo qual os resultados do processo de escolarização são tão desiguais como são desiguais as condições de vida de grupos, classes, [...] que compõem a sociedade" (GENTILI, 2009, p. 1070-1071).

No bojo do progressivo aumento da duração da instrução escolar, especialmente, da educação básica obrigatória, no Brasil, a igualdade ganha reflexo, primeiro, nas questões do acesso de toda a população a todos os níveis de escolaridade obrigatórios, seguindo-se às questões de acesso, as desigualdades de êxito ganham espaço, fazendo com que muitos não concluam os estudos ou sofram desvios para outro exercício profissional (BOLÍVAR, 2005, p.44).

Nesse sentido, Bolívar (2005, p. 45) entende que as políticas educativas podem ter como objetivo a redução das desigualdades educativas. Além disso, acredita que a igualdade deve concretizar seus predicados – acesso, currículo e resultados, o que pode, inclusive, abrir espaço para a aceitação de outras desigualdades.

A igualdade no ensino, por exemplo, relaciona-se à proposição de uma qualidade de ensino equivalente a todos os alunos, o que pode ser proporcionado, não apenas por um currículo comum, mas por espaço escolar e professores formalmente equivalentes (BOLÍVAR, 2005, p. 47). A relação educativa é formada pela interação entre professores, estudantes (incluindo as relações entre si) e conteúdo, em determinado espaço. Desse modo, a pretensão de igualdade no ensino passa, necessariamente, pela interação produtiva entre esses quatro elementos (BOLÍVAR, 2005, p. 47).

A igualdade de conhecimento e êxito escolar, por sua vez, apoia-se na formulação de uma justiça distributiva[25] que considere todas as desigualdades reais (a ex-

[25] Para Cesar (2003, p. 228), a Constituição de 1988, na combinação entre os artigos 3º e 5º, estabelece uma igualdade material que se aproxima da justiça distributiva de direitos e bens, tendo como espe-

emplo das pessoas com deficiência ou das crianças e adolescentes em situação de rua, que sofrem longos períodos de ausência escolar) para compensar o que escapa à responsabilidade individual, consubstanciando o princípio da discriminação positiva[26] (BOLÍVAR, 2005, p. 47).

Para Bolívar (2005, p. 47), a adoção de políticas de educação compensatória, desde o momento da entrada na escola, seria elementar para o alcance da igualdade de conhecimento, embora fosse necessária a realização, paralela, de medidas sociais no meio escolar, bem como o uso de formas didáticas mais adequadas: melhor uso do tempo escolar, estudos dirigidos, estabilidade e qualidade das equipes docentes, por exemplo.

Todavia, a justiça distributiva encontra, pelo menos, três limitações: i) resistência por parte daqueles aos quais o modelo meritocrático puro, que consiste na ideia de dar a mesma coisa a todos, assegura vantagens; ii) a influência limitada dos dispositivos, sendo incapazes de alterar sensivelmente o jogo de produção das desigualdades escolares; e iii) a dificuldade dos grupos que estão mal posicionados em relação à escola em defendê-la (DUBET, 2004, p. 546).

Bolívar (2005, p. 48) destaca, ainda, que as desigualdades relacionadas aos resultados ou ao "fracasso escolar" estariam, diretamente, ligadas às desigualdades sociais, resultando, pois, em consequências escolares para os alunos que não estão habilitados por não terem tido a preparação adequada.

Assim, considerando a educação como processo contínuo e que opera com distintos mecanismos de seleção, Bolívar (2005, p. 48) ressalta, em comento à Farrell, que a igualdade poderia ser identificada a partir de quatro dimensões: de acesso, de permanência, de resultados e de consequências ou benefícios dos resultados.

Quanto à igualdade de acesso, muitos países têm conseguido garanti-la, todavia, com o passar dos anos escolares (da educação básica à educação superior), essas desigualdades ganham dimensões distintas, a exemplo do acesso ao ensino superior.

Quanto à igualdade de permanência, relaciona-se à continuidade dos alunos no meio educativo, sem que abandonem antes de terminar ou ao longo de toda etapa do ciclo escolar, sem diferenças entre grupos sociais (BOLÍVAR, 2005, p. 48).

Os resultados, por sua vez, são considerados igualitários quando qualquer aluno, de qualquer origem social, tem a probabilidade de aprender as mesmas coisas em um nível determinado. Ao passo que, a igualdade de consequências educativas faz referência ao fato de que alunos com mesmos resultados educativos tenham as mesmas oportunidades sociais para alcançar o mercado de trabalho e outras posições so-

lho a essência político-institucional do Estado Social, superando o tradicional dualismo entre igualdade formal (consubstanciada, principalmente, na aplicação da lei, no trato processual perante o Judiciário e efetivação de uma justiça compensatória entre as partes) e igualdade material, cujos limites ligados à elaboração e execução de políticas públicas predominantemente utilitárias não permitem a assunção de um verdadeiro compromisso igualitário.

[26] Aplicada à escola, a discriminação positiva representa, segundo Dubet (2004, p. 545), o ato de compensar as desigualdades reais com o objetivo de obter mais justiça. A discriminação teria um primeiro aspecto negativo, consistente "em evitar a concentração excessiva de alunos idênticos, de guetos da cultura, do dinheiro e da qualidade, de um lado, e de guetos de pobreza e das dificuldades, do outro" (DUBET, 2004, p. 545).

ciais, vivenciando vidas similares como resultado de sua escolarização[27] (BOLÍVAR, 2005, p.48).

A igualdade de oportunidades, por sua vez, representa para Dubet (2012, p. 44-46) a possibilidade para todos de alcançar qualquer posição em função de um princípio meritocrático, aspirando menos a reduzir as desigualdades das posições sociais, possibilita a cada um alcançar posições desiguais como resultado de uma competência equitativa na qual indivíduos iguais se enfrentam para alcançar postos sociais hierarquizados.

Tecendo críticas, Dubet (2012, p. 47) indica que: i) o modelo de igualdade de oportunidades não parece reduzir as desigualdades sociais; ii) a igualdade de oportunidades não enfrenta a questão de indicar quais desigualdades são intoleráveis, contentando-se em se apresentar como "uma rede salva-vidas" para os mais pobres; e iii) a igualdade de oportunidades não parece ser mais liberal e mais favorável à autonomia, pois substitui o conservadorismo dos postos pelo rigor do mérito, fazendo com que cada um seja responsável pelo que efetivamente alcança.

Ao mesmo tempo, propõe a priorização da igualdade de posições, que significa uma representação da justiça social que convida a reduzir as desigualdades de renda, de condições de vida, de acesso aos serviços e à seguridade social, associadas, diretamente, às posições sociais ocupadas por indivíduos distintos em diversos aspectos: nível de qualificação, sexo, idade, talento, dentre outros (DUBET, 2012, p. 43).

A igualdade de posições, ao propor um ajuste na estrutura social, propiciaria: i) aumento da autonomia dos indivíduos, da confiança e da coesão social, já que não haveria competição constante entre os atores; e ii) a efetivação da própria igualdade de oportunidades, considerando que a própria igualdade de oportunidades negligencia as distâncias que separam as condições sociais, que, inclusive, podem ser tão grandes que os indivíduos não consigam nunca atravessá-las (DUBET, 2012, p. 49).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação é traduzido, na via constitucional, como direito público subjetivo, devendo ser garantidos acesso e permanência na educação básica obrigatória de modo universal. Entretanto, a exclusão educacional persiste e se recria, fazendo com que o acesso à educação não seja qualificado, limitando-se a uma expansão sem direitos e condicionada, considerando que existem fatores que impedem o desenvolvimento das plenas condições de educação e que concedem aos sujeitos um conjunto de oportunidades extremamente desiguais.

O próprio reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, em condição peculiar de desenvolvimento e prioritários absolutos do investimento público, seja na criação e execução de políticas públicas, seja quanto à proteção contra situações de abuso, negligência e exploração, ocorreu, no Brasil, apenas com a promulgação da Constituição de 1988 e com a entrada em vigor do Es-

[27] Numa aproximação com a teoria de Walzer (2003) que, dentro da compreensão da igualdade complexa, defende uma independência das esferas, como sinônimo de sistema justo, o que se percebe, em vigor, é um sistema escolar não independente de outras esferas, como: o poder, a situação econômica e a própria problemática da posição social.

tatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. A adoção da doutrina da proteção integral traz consigo o importante avanço no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais para todas as crianças e adolescentes, diferindo do momento jurídico imediatamente anterior no qual as crianças e adolescentes eram identificados como menores, objetos das políticas estatais, em sua maioria, voltadas para as situações de punição.

Esse reconhecimento de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, faz questionar a manutenção, ainda nos dias de hoje, de significativo contingente populacional infantojuvenil em situação de rua, e a consequente negação de direitos a que estão submetidos. Assim, compreendendo a educação como meio para o alcance de autonomia do sujeito, principalmente, quando a construção dessa autonomia se dá a partir dos processos de interação, do contato com o outro, a educação torna-se elemento essencial para superação da situação de rua.

Todavia, a prestação do direito à educação aos adolescentes em situação de rua esbarra, dentre outros fatores, nas dificuldades de acesso e permanência ao sistema educacional brasileiro, burocratizado e que não considera as especificidades de cada um desses meninos e meninas. Soma-se a isso, o modelo meritocrático de educação ao qual estamos submetidos, através do qual todo sucesso ou insucesso no que diz respeito à vida educativa e profissional está condicionado ao próprio indivíduo. Sendo urgente a superação desse modelo para adoção de uma igualdade de posições, disposta a reduzir as desigualdades de renda, de condições de vida, de acesso aos serviços, às políticas públicas e aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Angélica Barroso. **Direitos humanos das crianças e dos adolescentes**: as contribuições do Estatuto da Criança e do Adolescente para a Efetivação dos Direitos Humanos Infanto-Juvenis. Curitiba: Juruá, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLÍVAR, Antonio. Equidad educativa y teorías de la justicia. **Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación**. Madrid, España, v. 3, n. 2, p.42-69, 2005. Disponível em: <http://www.rinace.net/arts/vol3num2/art4.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**: estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

CARVALHO, José Sérgio Fonseca de. **Educação, uma herança sem testamento**: diálogos como o pensamento de Hannah Arendt. 1. ed. São Paulo: Perspectiva: FAPESP, 2017.

CESAR, Raquel Coelho Lenz. **Acesso à justiça para minorias raciais no Brasil**: é a ação afirmativa o melhor caminho? Riscos e acertos no Caso da UERJ. 2003. 322f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Departamento de Direito Público, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DUBET, François. Los limites de la igualdad de oportunidades. **Revista Nueva Sociedad**, Buenos Aires, Argentina, n. 239, p. 42-50, 2012. Disponível em: < http://nuso.org/media/articles/downloads/42_1.pdf>. Acesso em 05 jan. 2018.

DUBET, François. O que é uma escola justa? Tradução de Édi Gonçalves de Oliveira e Sérgio Cataldi. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 34, n. 123, p. 539-555, 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/cp/v34n123/a02v34123.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2018.

FREITAS, Raquel Coelho de. A igualdade liberal. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 409-446, 2013.

GENTILI, Pablo. O direito à educação e as dinâmicas de exclusão na América Latina. **Educação e Sociedade**, Campinas, v.30, n.109, p.1059-1079, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v30n109/v30n109a14.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Necessidades humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza na interculturalidade e no reconhecimento de uma justiça do bem-estar. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paulo César Vicente de; IENNACO, Rodrigo (Org.). **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 31-50.

HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da Educação.** Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

LOPES, Emília. **Os filhos do Estado:** a institucionalização de crianças e adolescentes à luz do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MACERATA, Iacã Machado; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; RESENDE, Noelle Coelho. Direitos humanos e população em situação de rua: as singularidades no encontro com a rua. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paulo César Vicente de; IENNACO, Rodrigo (Org.). **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 131-152.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos da criança brasileira. Século XX. **Revista USP**, São Paulo, n. 37, 1998, p.46-57. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/27026/28800>. Acesso em: 05 jan. 2018.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. **O acesso ao ensino fundamental no Brasil**: um direito ao desenvolvimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos**. São Paulo: Unesco; Contexto, 2008.

NÚCLEO DE ARTICULAÇÃO DOS EDUCADORES SOCIAIS DE RUA. **Pesquisa anual sobre a vivência de crianças e adolescentes em situação de moradia nas ruas de Fortaleza**. Fortaleza: Equipe Interinstitucional de Abordagem de Rua, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. [*S.l.*], 1989, Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos das Crianças.** [*S.l.*], 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 23 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação:** controle social e exigibilidade judicial. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2005.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela educação (Org.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-103.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação:** a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002**..**

REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Bruno Martins Teixeira[*]
Eloy Pereira Lemos Júnior[*]

Resumo

O presente artigo objetiva analisar as mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), bem como os prováveis reflexos da nova norma no processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, adotando-se como referenciais teóricos os princípios fundamentais constitucionais da valorização social do trabalho e da redução das desigualdades. Utilizando-se do método dedutivo, com estudo bibliográfico e análise documental, conclui-se que a solução para o problema passa primordialmente pelo necessário reconhecimento da inconstitucionalidade de determinados dispositivos da citada lei.

Palavras-chave

Reforma trabalhista. Inclusão. Mercado de trabalho. Pessoas com deficiência. Inconstitucionalidade.

[*]É mestrando em Direito - Linha de pesquisa: Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna - UIT e possui especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho - RJ (2009). Servidor técnico-administrativo do Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais (CEFET-MG) - Campus Divinópolis e Advogado.

[*]Possui pós-doutorado em direito pela PUC/MG (2018), doutorado em direito empresarial pela UFMG (2007), mestrado (2002) e diversas especializações (dentre elas, uma em direito público e outra interdisciplinar). Foi bolsista da CAPES em estágio doutoral na Universidade Clássica de Lisboa (2005) e como professor pesquisador da FUNDEP-UFMG em 2013. Pós-doutorando como professor visitante em estágio pós-doutoral sênior em Administração na FUMEC (2017/19). Avaliador de cursos de direito pelo INEP-MEC (desde 2010). Professor titular do mestrado e da graduação em direito da Universidade de Itaúna (desde 2011) e da FUPAC - Nova Lima. Foi professor, titular na graduação da UEMG - campus Passos (10 anos), FACED - Divinópolis (07 anos), UNIPAC Ipatinga (FADIPA EAD - 7anos) e Bom Despacho, UNI-BH, PITÁGORAS, FAMINAS e UNIFENAS. Também lecionou em cursos de especialização da UNA-BH. Possui experiência administrativa como ex-coordenador do curso de direito da FAMINAS-BH (2009/10), com nota 04 obtida pelo MEC. Experiência acadêmica na área de direito privado, com ênfase em direito empresarial e em direitos humanos; em orientações no NPI, em iniciações e pesquisas científicas, em artigos, monografias (TCCs), dissertações e teses; como membro do NDE - Núcleo Docente Estruturante; e como presidente e participante de diversas bancas de defesas de TCCs, dissertações e teses científicas. Conselheiro editorial e parecerista de revistas especializadas e qualificadas, palestrante e organizador de semanas jurídicas e seminários nacionais e internacionais na área de direito. É autor de diversos artigos científicos e livros na área de direito. Coordenador do grupo de Pesquisa em Direito Privado: Direitos Humanos/Fundamentais, Propriedade Privada/Empresas e Justiça/Funções e Inovações Sociais, em conjunto com diversos professores doutores, em especial seus co-orientadores de pós-doutorado Prof. Dr. César Fiuza e Profa. Dra. Cristiana Fernandes De Muylder. Participa do grupo de pesquisa CNPQ GEICE, que tem interesse científico e atua nos temas gestão, inovação, inteligência competitiva e empreendedorismo. Foi Rondonista e ex-corretor de imóveis (curso de especialização em TTI) com CRECI. Recebeu em 2015 o prêmio Jabuti pelo Livro: Pessoas em Situação de Rua (ISBN 9788567020600), onde escreveu um capítulo sobre seus direitos trabalhistas. É advogado desde 1992.

REFLECTIONS OF THE LABOR REFORM IN THE INCLUSION OF THE DISABLED PERSON IN THE LABOR MARKET

Abstract
This article aims to analyze the changes brought by the Labor Reform (Law 13467/2017), as well as the probable reflections of the new norm in the process of inclusion of people with disabilities in the labor market, adopting as theoretical references the fundamental constitutional principles of social valorization of work and reduction of inequalities. Using the deductive method, with bibliographical study and documentary analysis, it is concluded that the solution to the problem passes primarily by the necessary recognition of the unconstitutionality of certain excerpt of the mentioned law.

Keywords
Labor reform; Inclusion; Job market; Disabled people. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A concretização da igualdade no campo das relações de trabalho é um dos principais imperativos do Estado Democrático de Direito contemporâneo. Sua pertinência tem lugar sobretudo quando se indaga acerca da necessária redução das graves diferenças econômicas ainda presentes no seio social, bem como quando se questiona sobre o estabelecimento do pleno desenvolvimento nacional erigido como fundamento constitucional.

Com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho como objetivos fundamentais da nossa Democracia, inscritos no artigo 3º do texto Constitucional, restou claro que o direito ao trabalho se encontra inserido dentre os direitos fundamentais a serem permanentemente protegidos e promovidos em nosso ordenamento.

Buscando-se verificar como esses princípios são albergados na nossa realidade atual, depara-se com um sério e insistente imbróglio a ser enfrentado: o da grande exclusão dos diversos cidadãos que compõem as minorias e grupos socialmente mais vulneráveis, destacando-se, nesse âmbito, o problema da falta de acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho.

Com a nova reforma trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017, promoveu-se uma grande mudança em vários institutos consagrados do Direito do Trabalho. Os impactos esperados pelo novo regramento, que mudou mais de cem dispositivos da CLT, dirigem-se a todas as categorias de trabalhadores, sendo que, como é de se esperar, atingem de forma mais extremada as coletividades mais vulneráveis.

Nesse texto, analisar-se-á especificamente os reflexos dessas novas regras no tocante aos direitos das pessoas com deficiência A justificativa para o presente estudo centra-se na necessidade de se promover uma maior inclusão desses cidadãos no mercado de trabalho brasileiro, haja vista que os índices oficiais demonstram que apenas 1% dessas pessoas têm vínculo formal de trabalho (IBGE, 2010, p.73).

O objetivo da pesquisa é analisar o contexto em que se desenvolveu a proteção jurídica das pessoas com deficiência no âmbito internacional e interno, com especial consideração à inclusão desse grupo vulnerável no mercado de trabalho, levando em conta a recente reforma trabalhista.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo dos vários aspectos que envolvem a proteção jurídica da pessoa com deficiência no ordenamento internacional e na esfera interna, verificando-se como se deu a evolução dos direitos sociais dessa parcela da população, máxime no que toca à questão laboral.

A abordagem dos pontos mais polêmicos da Reforma da Lei 13.467/2017 é o foco do terceiro capítulo, no qual se examinam as questões relativas à promessa de flexibilização e à proposta de dar prevalência aos contratos coletivos em detrimento das disposições legais sobre alguns temas, bem como se discute a controversa questão sobre o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

No quarto capítulo são examinados os prováveis reflexos de algumas das recentes mudanças na CLT em relação à inclusão das pessoas com deficiência ao mercado laboral. Nesse diapasão, são tratados os temas referentes ao trabalho em regime de tempo parcial, ao teletrabalho e ao trabalho intermitente.

Mediante pesquisa bibliográfica e análise documental pertinentes ao tema, a reflexão que se faz busca verificar até que ponto as novas regras poderão agravar ainda mais o problema da escassa participação das pessoas com deficiência dentro das oportunidades formais de trabalho.

2 INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

As pessoas com deficiência ainda são, nos dias atuais, constantemente vistas e tratadas como incapazes. O fato é presenciado em quaisquer ambientes que se frequente e os malefícios sociais daí advindos são imensos. Quando se trata das relações de trabalho, os efeitos desse preconceito são ainda mais graves.

Segundo o último senso do IBGE, o grupo das pessoas que possuem alguma deficiência no Brasil representa 23,9 % da população, o que corresponde a 45,6 milhões de cidadãos. Dentre estes, apenas 403.255 (menos de 1 %) têm trabalho formal. (IBGE, 2010, p.73). Esse problema provavelmente se agravou nos dias de hoje, por isso é importante conhecer algumas das razões que estão por trás desses números, visando mudar essa realidade.

Nas últimas três décadas, presenciamos uma significativa evolução no tocante ao reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência. Durante a Revolução Industrial (séculos XVIII-XIX), quase não havia espaço para a referida minoria, principalmente no que atine às oportunidades de trabalho. Essa exclusão era mantida sob a pretensa justificativa de que a contratação dessas pessoas poderia resultar em prejuízo à produtividade das empresas que as contratassem. (GUGEL, 2016, p. 08).

A partir do início da segunda metade do século XX, por ocasião do fim da Segunda Guerra, diversos movimentos começaram a eclodir em todo o mundo, conclamando a efetiva proteção dos direitos fundamentais, notadamente dos grupos vulneráveis até então completamente excluídos da participação social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo XXIII, ítem 1, já preceituava que "todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de em-

prego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego". (ONU, 1948)

Por sua vez, a Convenção da OIT n.159 (promulgada por meio do Decreto n. 129, de 22/05/1991), ao tratar da política de Reabilitação Profissional e Emprego das Pessoas Deficientes, anota o seguinte:

> Artigo 4 - Essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e os trabalhadores em geral. Dever-se-á respeitar a igualdade de oportunidades e de tratamento para as trabalhadoras deficientes. As medidas positivas especiais com a finalidade de atingir a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento entre trabalhadores deficientes e os demais trabalhadores, não devem ser vistas como discriminatórias em relação a estes últimos. (BRASIL, 1991)

Na contemporaneidade, o ápice do reconhecimento jurídico para essas pessoas se deu com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD (Decreto n. 6.949, de 25/08/2009), em cujo artigo 27 está escrito que: "Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas." (BRASIL, 2009)

Relativamente às ações afirmativas, a CDPD é incisiva ao determinar, no seu artigo 27, 1, h, que tais medidas sejam adotadas sempre que for necessário, conclamando os Estados Partes a salvaguardarem e promoverem a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, com a adoção de políticas e medidas apropriadas, inclusive programas de ação afirmativa. (Brasil, 2009)

O coroamento das conquistas obtidas pelas pessoas com deficiência nos últimos anos aconteceu, de fato, com a promulgação da Constituição de 1988, em cujo texto foram inseridos diversos dispositivos promotores da ampliação da participação social desses indivíduos. Nesse âmbito, dá-se destaque ao texto do artigo 7º, XXXI, que proíbe qualquer discriminação quanto a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência.

Nossa legislação infraconstitucional utiliza-se da ação afirmativa nos âmbitos privado e público. A questão envolvendo as empresas privadas, por exemplo, está prevista no artigo 93 da Lei 8.213/1999. Por esse dispositivo, as empresas com cem ou mais empregados devem obrigatoriamente preencher entre dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas, conforme o tamanho do quadro.

No caso da administração pública, há a previsão da reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. A regra prevista no artigo 37, VIII, da Constituição, foi regulamentada, no âmbito federal, pela Lei 8.112/1990 e pelo Decreto 3.298/1999. Essas normas preveem a obrigação de que sejam reservadas, para pessoas com deficiência, entre cinco a vinte por cento das vagas oferecidas nos concursos. A legislação dos Estados, Distrito Federal e Municípios também deverá contar com regulamentação própria a respeito.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, materializado na Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, cuja base foi centrada na CDPD, obteve-se grande

avanço no campo laboral para esse grupo vulnerável. Além de tratar dos diversos princípios norteadores da conduta de toda a sociedade em relação à minoria em questão, o Estatuto aborda minúcias importantes da vida social das pessoas com deficiência, inclusive estabelecendo regras detalhadas sobre inclusão na educação (arts. 27 a 30) e no trabalho (arts. 34 a 35).

Um ponto alto desse novo arcabouço normativo está no novo conceito jurídico emprestado a vocábulo deficiência, que segundo a Convenção de 2007, é

> " [...] um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, [...] (BRASIL, 2007)

Comentando a questão no tocante ao âmbito laboral, Goldschmidt e Palma (2011, p. 251) destacam que atualmente "o mercado de trabalho deve adaptar-se às necessidades do trabalhador deficiente físico, considerando-se o que já fora dito sobre a vida humana se sobrepor aos objetivos do mercado de capital e do lucro."

Entretanto, apesar de ter havido uma considerável evolução da proteção jurídica desse grupo vulnerável nos últimos anos, o fato é que, tanto na iniciativa privada quanto no funcionalismo público, não se tem visto uma implementação exitosa de políticas públicas que possam modificar essa quase que institucionalização da exclusão trabalhista em nosso país. Isso é facilmente constatável ao observar-se a pouquíssima presença de profissionais com deficiência ocupando os postos de trabalho nos mais diversos ambientes organizacionais. Em vários locais, inclusive, verifica-se a inexistência de qualquer trabalhador cotista compondo o quadro funcional da empresa. No âmbito privado, uma das explicações para esse fenômeno pode ser encontrada no fato de que as empresas de médio e pequeno porte representam atualmente 93,1 % de todos os estabelecimentos no Brasil, concentrando 86,6 % de todos os empregados brasileiros. (SEBRAE, 2014, pp. 53, 77-78). São justamente essas empresas menores que, via de regra, por contarem com menos de cem empregados, estão dispensadas da obrigatoriedade referente às cotas.

O problema apresentado, que exige a tomada de providências mais efetivas na esfera das políticas públicas, demanda também uma atualização da legislação inclusiva, de maneira a legitimar uma adequada inserção dessas pessoas nos ambientes de trabalho.

3 REFORMA TRABALHISTA E A PROMESSA DE MODERNIZAÇÃO

Uma das alterações mais significativas na legislação trabalhista brasileira foi a recente Reforma feita pela Lei 13.467/2017, que alterou diversos pontos da CLT e está sendo motivo de intensos debates e objeto de profunda análise de vários estudiosos em todo o país. Há muito já se acumulavam às reclamações quanto à desatualização da CLT, cujo texto foi publicado no ano de 1943 e realmente carecia de uma modernização, para usar as palavras dos propositores da Reforma. Contudo, as modificações trazidas pela Lei 13.467/2017 tocaram em vários pontos extremamente prejudiciais à

classe trabalhadora. Pode-se dizer que dificilmente é encontrada na nova norma alguma disposição realmente benéfica aos empregados.

O projeto n. 6787, que deu origem à Lei 13.467/2017, de autoria do Poder Executivo, foi apresentado para apreciação do Congresso em dezembro de 2016, ou seja, pouco mais de quatro meses depois da posse do presidente Michel Temer (final de agosto de 2016). Da tramitação do projeto até a publicação da norma passaram-se pouco mais de 7 meses. A Lei 13.467/2017 foi publicada em 14/07/2017 e entrou em vigor 120 dias depois, ou seja, em 13/11/2017.

Percebe-se que, apesar de tratar de assunto de tal relevância e de ter provocado mudança em vários dispositivos da CLT e de outras normas de interesse da classe trabalhadora (Lei do Contrato temporário, Lei do FGTS e Lei 8212/91), a referida reforma foi atropeladamente "gestada" em tempo recorde. Não há registro de que tenha havido prévio e efetivo diálogo com as entidades sindicais e demais instituições representativas das categorias de trabalhadores dentro do período de tramitação da proposta. O que se observou, na verdade, foi a ocorrência de uma série de manobras políticas que possibilitaram a aprovação rápida do texto legal em comento, sendo importante vislumbrar o verdadeiro intuito dessa proposta.

A exposição de motivos do PL 6787/2016 apresenta quatro principais objetivos:

> Valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores;
>
> Atualização dos mecanismos de combate à informalidade da mão de obra no país (flexibilização);
>
> Regulamentação do art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa;

Atualização da Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

É preciso frisar que a Lei 13.467/2017 não "acabou com a CLT", como afirmam alguns críticos mais ferrenhos da norma. Há que se lembrar que a principal base da proteção jurídica dos direitos trabalhista encontra-se no texto da Constituição, mais precisamente nos artigos 6º a 11º da Constituição. Entretanto, repita-se, é indisfarçável que a quase totalidade das novidades trazidas pela referida lei foram prejudiciais aos trabalhadores. Analisando o documento em estudo, pode-se pinçar alguns aspectos que darão a real dimensão dos possíveis reflexos dessas mudanças, já que o início de sua vigência ainda é recente e não há ainda uma jurisprudência formada em relação ao tema.

Como ponto central das violações identificadas no texto da lei em exame, pode-se afirmar, de antemão, que o princípio da proteção - matriz principiológica do Direito do Trabalho - foi desrespeitado em grande parte dos seus dispositivos. O princípio aludido consiste em "[...] proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último uma superioridade jurídica. (MARTINS, 2004, p. 95). Pelo referido princípio, na apreciação dos fatos e das normas deve prevalecer, havendo dúvida, a interpretação que seja mais benéfica ao trabalhador. Sua violação decorreu da revogação e alteração de inúmeros dispositivos da CLT que visavam proteger a condição do empregado -

parte hipossuficiente da relação contratual - face ao empregador, que detém maior poder econômico e é quem dispõe da vaga de emprego a ser ofertada.

3.1 Flexibilização

Uma dessas precarizações pode ser claramente notada nas alterações feitas sob a justificativa da necessidade de maior flexibilização das relações de trabalho, o que, segundo o Poder Executivo, promoveria a modernização do Direito do Trabalho.

A modificação da jornada parcial de trabalho (art. 58-A), ampliando-a para até 30 horas semanais - ou 32, se considerar horas extras -, é um dos pontos que merecem atenção.

A jornada parcial da redação anterior à reforma não podia ultrapassar 25 horas por semana. A ideia era de que o trabalhador em regime de tempo parcial pudesse cumprir jornadas de no máximo 5 horas ininterruptas, de maneira que tivesse mais tempo livre para se dedicar a outras atividades. A jornada parcial foi criada para atender ao interesse de alguns grupos específicos de indivíduos, como estudantes, donas de casa, aposentados, pessoas com deficiência e quaisquer indivíduos que queiram ou precisam trabalhar em horário reduzido.

Essa nova roupagem do instituto, trazida pela Lei 13.467/2017, que amplia a jornada padrão para no máximo 30 horas, possibilitando inclusive a realização de horas extras nessa modalidade, certamente deixará de atender aquelas pessoas para as quais a modalidade foi pensada.

A regulamentação do teletrabalho também é um tema que suscita indagações quanto à flexibilização. A execução de atividades laborais na própria casa do trabalhador já é um fenômeno muito comum entre autônomos e profissionais liberais. As tecnologias de que dispomos hodiernamente muitas vezes dispensam a ida ao local de trabalho para a realização de determinadas tarefas, o que em certos aspectos é algo benéfico tanto aos empregados quanto aos empregadores.

Até a publicação da Lei 13.467/2017 não se tinha uma regulamentação própria para o contrato de teletrabalho, apesar da já existente previsão do trabalho em domicílio. A Reforma incluiu novo Capítulo na CLT com o título "Do Teletrabalho", o qual compreende os artigos 75-A até 75-E. Um dos pontos mais discutidos sobre o novo instituto está no artigo 75-D:

> Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Não é difícil compreender onde está o problema. Na tratativa a respeito de quem irá assumir as referidas despesas, o empregador logicamente quererá que o empregado arque com a maior parte desses custos. Isso porque o empregador é quem tem o emprego a oferecer e precisa reduzir gastos para manter a lucratividade, sendo

fácil concluir que quase sempre a responsabilidade por tais custos será assumida pelo empregado.

Um outro aspecto que merece análise no que diz respeito à flexibilização trata-se do instituto das férias. Tradicionalmente as férias sempre foram gozadas de uma só vez, podendo ser divididas em duas vezes apenas em casos excepcionais. Com a nova redação dada ao artigo que trata do assunto - 134, § 1º da CLT -, passou-se a permitir o parcelamento das férias em até três vezes, desde que haja a concordância do obreiro.

O usufruto das férias de uma só vez é mais benéfico à saúde do trabalhador, pois desse modo ele realmente descansa e repõe as energias. Aí está o argumento principal que justificou a definição original de trinta dias de descanso, por ano, como sendo o adequado para tal objetivo.

Por outro lado, ao considerarmos a nova regra que permite o parcelamento das férias em até três vezes, concluímos que a mudança buscou beneficiar apenas as empresas, muitas das quais irão "sugerir" o parcelamento ao empregado. A verdade é que, quando o empregado se ausenta durante menos dias, o empregador consegue remanejar melhor os serviços do que se essa ausência fosse de trinta dias corridos. Com um período menor de férias, é menor a necessidade de contratar temporariamente ("ferista") alguém para substituir o empregado. Além do mais, quando há o parcelamento e não há substituição, ao retornar de suas férias o empregado terá que trabalhar dobrado por algum tempo, a fim de colocar em dia o serviço acumulado em sua ausência, o que descaracteriza completamente a finalidade do instituto em comento.

3.2 Prevalência do acordado sobre o legislado

Outro propósito apresentado pelos defensores da reforma centra-se na ideia de permitir, em alguns casos, a prevalência da negociação sobre a previsão legal. A nova redação do artigo 611-A da CLT diz que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando estiverem tratando de alguns temas específicos, sendo ao todo 15 itens, entre eles o estabelecimento da jornada de trabalho, banco de horas anuais e regulamento empresarial.

Por seu turno, o novo parágrafo único do artigo 444 da CLT diz que a estipulação entre o empregador e o empregado acerca dos itens previstos no artigo 611-A terá eficácia legal quando o empregado tiver curso superior e sua remuneração for maior do que o dobro do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Essa estipulação, segundo o referido dispositivo, terá preponderância sobre os instrumentos coletivos, o que leva a concluir que esses empregados foram considerados como hipersuficientes pela nova reforma.

Na prática, como sabemos, raramente se verifica essa hipersuficiência. Há inúmeros funcionários de grandes empresas, portadores de nível superior e que recebem salários acima do citado patamar, exercendo cargos simples e que os posicionam em condição claramente hipossuficiente perante o poder econômico do empregador. As estipulações que serão feitas com base nessa regra decerto poderão prejudicar consideravelmente muitos trabalhadores que se enquadrem nesse grupo.

3.3 O fim do "imposto sindical"

Em meio a esse apanhado de reveses trazidos pela comentada reforma, dá-se destaque à extinção do chamado "imposto sindical", que tem sido o ponto mais debatido e questionado no bojo de tais mudanças.

Pelo artigo 580, I, da CLT, a contribuição sindical anual corresponde a um dia de salário do empregado. A redação anterior do artigo 545 dizia que o recolhimento dessa contribuição deveria ser feito obrigatoriamente, vindo daí a origem do apelido "imposto sindical".

Hoje, após a reforma, o novo texto do artigo 545 condiciona o recolhimento da contribuição sindical à autorização por parte do empregado.

A nova regra desagradou consideravelmente os sindicatos, que contabilizavam a referida contribuição como a principal fonte de sua receita, eis que, com a opção, muitos empregados deixarão de contribuir para os sindicatos de sua categoria. No mês de junho de 2018, o STF começou a julgar as Ações que tratam do tema. No dia 29 de junho de 2018, foi prolatada a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794, que questiona o instituto em questão. Os pedidos constantes da ADI 5794 foram julgados improcedentes, bem como julgado procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade sobre o novo dispositivo, por 6 votos a 3. A mesma decisão se aplicou a outras 18 ADIs e à ADC 55, que tramitam em conjunto. (STF, 2018)

Críticos dessa mudança afirmam que, com o fim da obrigação, a quantidade de empregados sindicalizados diminuirá consideravelmente, o que tenderá a enfraquecer a capacidade econômica dessas entidades e dificultará a manutenção de suas atividades representativas reivindicatórias.

A Procuradoria Geral do Trabalho manifestou-se a respeito, afirmando que as mudanças afrontam o princípio da unicidade sindical e enfraquecem as entidades sindicais, pois afetam a organização e a definição de suas políticas, além de dificultar a ampliação do universo de representados. (MPT, 2018)

Por outro lado, os ministros que defenderam a manutenção da nova regra, seguindo o voto divergente do Ministro Luiz Fux, afirmaram que o modelo de contribuição compulsória é ruim porque não estimula a competitividade e a representatividade, sendo, portanto, bom para os sindicatos, mas negativo para os trabalhadores. (STF, 2018)

Essas e outras mudanças – ao todo são mais de cem itens alterados ou incluídos – estão sob a apreciação da população e continuam sendo questionadas no âmbito internacional e interno.

Perante a OIT, inúmeras ações questionando o governo brasileiro estão tramitando neste momento. Em razão da reforma, o país foi inscrito pela agência na lista dos 24 casos considerados como as mais graves suspeitas de violações de direitos trabalhistas na contemporaneidade. (CONJUR, 2018, p. 2)

No âmbito interno, o Supremo tem pendentes hoje 26 Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando dispositivos da Reforma, sendo que 18 delas tratam da questão relativa à contribuição sindical. (RECONDO, 2018, p. 2)

Este estudo logicamente não tem pretensão de tratar de todos os pontos da reforma que são merecedores de análise crítica, até porque isso não caberia em um artigo. O objetivo aqui é mostrar alguns dos principais aspectos da nova regra e buscar contextualizar tais mudanças sob a ótica do direito fundamental ao trabalho, especificamente no que atine à inclusão laboral das pessoas com deficiência, o que se fará adiante.

4 REFORMA TRABALHISTA E A INCLUSÃO LABORAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Conquanto seja certo que as novas regras impactarão indistintamente as diversas categorias profissionais, é útil identificar e examinar criticamente alguns efeitos do novo regramento especificamente em relação às pessoas com deficiência. Nesse sentido, merecem abordagem peculiar os institutos do trabalho em regime de tempo parcial, do teletrabalho e do trabalho intermitente.

4.1 Trabalho em regime de tempo parcial

Como já foi lembrado, antes da publicação da Lei 13.467/2017 o texto do artigo 58-A da CLT estabelecia que o trabalho em regime de tempo parcial era aquele cuja duração não ultrapassasse o módulo semanal de até 25 horas de trabalho. Além disso, frisa-se que o revogado § 4º do artigo 59 proibia expressamente a prestação de horas extras nessa modalidade de contrato.

O novel regramento trazido pela reforma alterou consideravelmente o instituto em questão. A atual redação do artigo 58-A considera como trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a 30 horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais. O mesmo artigo prevê, ainda, a possibilidade da contratação de regime parcial prevendo a realização de horas extras, sendo que, neste caso, a carga horária fixa não poderá ultrapassar 26 horas semanais, com a possiblidade de realização de até 6 horas extras semanais. (BRASIL, 2017)

A antiga regra da proibição de prorrogação da jornada no regime a tempo parcial visava resguardar a natureza dessa modalidade, cuja essência está em propiciar a determinadas pessoas a possibilidade de trabalhar em apenas um turno do dia.

> É bom o trabalho a tempo parcial para pessoas que não podem laborar a jornada completa, como estudantes, que precisam trabalhar e estudar, mulheres, que têm seus afazeres domésticos ou que cuidam de crianças; idosos, que têm algumas horas para trabalhar por dia e receber uma renda adicional etc. Essas pessoas precisam contabilizar seus compromissos como o trabalho, podendo ocupar postos de trabalho e ter remuneração. Mesmo a tecnologia pode criar empregos a tempo parcial, dada a necessidade de um menor número de horas de trabalho por dia. (MARTINS, 2004, p. 162)

O antigo regime parcial, que era fixado em no máximo 25 horas semanais, pressupunha, em média, a feitura de uma jornada máxima de cinco horas de trabalho por dia, de segunda a sexta. Desse modo, os turnos poderiam ser organizados com jorna-

das dispostas, via de regra, nos horários 7h às 12h ou de 12h às 17h, o que deixava dois turnos completamente à disposição para que o trabalhador pudesse fazer outras tarefas.

Em relação às pessoas com deficiência, o regime parcial pode propiciar a realização de atividades de lazer, estudo, práticas religiosas, de sociabilidade ou submissão a tratamentos médicos ou fisioterápicos. Pode ser importante, ainda, por permitir maior tempo para o deslocamento, dentre outras situações.

Esse tipo de contrato também constitui ótima opção para aquelas pessoas que, por exemplo, precisem cuidar de algum parente com necessidades especiais e por isso necessite trabalhar em horário reduzido.

Com o novo limite máximo ampliado pela reforma, as empresas tenderão a contratar inicialmente módulos de até 30 horas semanais - que correspondem a uma média de 6 horas diárias -, pois jornadas de 6 horas se "encaixam" melhor no horário de expediente da grande maioria de empresas. Em se tratando de pactuação que preveja a realização de horas suplementares, o módulo poderá alcançar até 32 horas semanais. Significa dizer que, em geral, o obreiro em regime parcial poderá ser contratado para jornadas de até 6 horas, o que poderá ocasionar uma organização de turnos totalmente diversa daquela que seria possível sob a vigência da antiga regra.

A Convenção OIT n. 175, de 1994, que trata do trabalho em tempo parcial no âmbito internacional, apesar de ainda não ratificada pelo Brasil, é importante parâmetro legislativo para a compreensão do reconhecimento da utilidade do instituto para as minorias. No item 2, "c" do artigo 9º, o documento anota que as medidas para facilitar o acesso ao trabalho a tempo parcial devem compreender:

> [...]
>
> c) Uma atenção especial, no âmbito das políticas de emprego, às necessidades e referências de grupos específicos, como os desempregados, os trabalhadores com responsabilidades familiares, os trabalhadores idosos, os trabalhadores com deficiência e os trabalhadores que estudem ou que se encontrem em formação. (OIT, 1994)

Com a ampliação da carga horária máxima do trabalho na modalidade de contrato a tempo parcial, passando de 25 para 30 horas, e com a possibilidade de chegar a até 32 horas em contratos que prevejam a realização de horas extras, o instituto poderá deixar de cumprir o seu principal papel, qual seja o de atender à necessidade de alguns empregados que necessitam trabalhar menos horas por dia.

4.2 Teletrabalho e acessibilidade inclusiva

Até o ano de 2011, o teletrabalho era equiparado ao trabalho em domicílio, previsto no artigo 6º da CLT, até que a Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011, alterou o artigo 6º da CLT, cuja redação passou a ser a seguinte: "Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Com a Lei 13.467/2017 foi incluído no texto da CLT o novo Capítulo II-A (artigos 75-A a 75-E), tratando do teletrabalho. Pelo texto do artigo 75-B, o teletrabalho consiste na "prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo".

Muito antes da previsão legal expressa acerca de sua formalização enquanto emprego, o trabalho à distância já havia se tornado comum em várias profissões. Várias empresas e profissionais liberais já realizam, há tempos, o chamado *home office*, que foi sem dúvida o precursor do atual teletrabalho. Grande parte das tecnologias hoje empregadas na execução das atividades empresariais possibilitam a fiscalização da produtividade pelo atingimento de metas e realizações de tarefas remotamente, o que muitas vezes dispensa a presença física do colaborador nos estabelecimentos empresariais e pode significar praticidade e redução de custos para ambos.

Podem ser identificados benefícios e prejuízos da formalização dessa modalidade de trabalho no caso do trabalhador com deficiência.

Tratando-se primeiramente dos benefícios, pode-se afirmar que esse tipo de contrato representará grande benesse para profissionais que possuam limitações físicas, sobretudo relacionadas a locomoção. Para tais indivíduos, pode haver maior comodidade em produzir em sua própria casa, sem a necessidade de se deslocar diariamente para o estabelecimento da empresa. Infelizmente, em nosso país essas pessoas ainda enfrentam grandes obstáculos no que diz respeito à falta de acessibilidade arquitetônica, à inadaptação dos meios de transporte e à maior susceptibilidade à criminalidade urbana. Por isso, para elas, a feitura do trabalho em casa pode significar maior qualidade de vida, com melhor aproveitamento do tempo e consequente melhoria na produtividade.

> Os teletrabalhos [...], ou escritórios domésticos computadorizados, cresceram bastante graças à inserção definitiva da informática no dia a dia das atividades humanas, abrindo também um excelente campo de trabalho às pessoas com deficiência. (SASSAKI, 2010, p. 76.)

Por outro lado, a contratação dessas pessoas pela modalidade de teletrabalho pode dificultar o cumprimento de alguns objetivos importantes buscados pelas políticas de inclusão social, os quais preconizam uma verdadeira integração e ampla participação igualitária em todos os serviços e espaços públicos e privados disponíveis. Para esse efeito, vale destacar que o conceito de inclusão social encerra

> [...] o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidades para todos. (SASSAKI, 2010, p. 39)

De qualquer modo, é forçoso reconhecer que a difusão do contrato de teletrabalho é um caminho sem volta, máxime porque essa modalidade concentra grandes atrativos do ponto de vista do mercado, principalmente pelo baixo custo que pode representar para os fins do empreendimento.

Sob a ótica da proteção jurídica do empregado com deficiência, é preciso cuidar para que o desenvolvimento normativo e as práticas que serão realizadas na vigência da nova regra promovam, ao mesmo tempo, o aumento na empregabilidade e a garantia de um trabalho digno aos que forem contratados por essa modalidade.

4.3 Trabalho intermitente

O trabalho intermitente, agora previsto no artigo 443 e seu § 3º, foi outra novidade trazida pela Lei 13.467/2017 com a perspectiva de flexibilizar as relações de trabalho e aumentar empregos. Maria Aparecida Gugel resume os motivos apresentados pelo Poder Executivo ao propor a nova regra:

> As justificativas para o contrato de trabalho intermitente são variadas e se baseiam em "modernizar as relações do trabalho, sem que haja precarização do emprego", em que a modalidade pode "gerar cerca de catorze milhões de postos de trabalho formais no espaço de dez anos", e que "o efeito social da implantação do contrato intermitente em situações como a obtenção do primeiro emprego, especialmente para os estudantes, que poderão adequar as respectivas jornadas de trabalho e de estudo da forma que lhes for mais favorável" prevenindo a evasão escolar. (GUGEL, 2017, p. 07)

Não se pode negar que o novo instituto afronta claramente alguns direitos da classe trabalhadora brasileira. Frise-se, por exemplo, que nessa modalidade, segundo o disposto no artigo 452-A, o empregado contratado como intermitente poderá trabalhar juntamente com os empregados que exercem mesma função dentro da empresa. Tal possibilidade configura nítido tratamento desigual, potencialmente configurador de assédio moral, uma vez que o mesmo obreiro poderá ser remunerado de maneira diferente do colega de trabalho, sob a justificativa de terem firmado diferentes tipos de contrato, ainda que tendo executado atividades idênticas.

Um outro ponto que tem gerado certa polêmica sobre essa questão tem a ver com a remuneração. Segundo a nova redação do artigo 452-A, o contratado pela modalidade de trabalho intermitente tem direito a receber no mínimo o valor horário do salário mínimo ou o mesmo salário que for devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função.

O debate que tem sido levantado nesse ponto gira em torno da garantia constitucional do direito de um salário mínimo mensal a todo trabalhador. Pelo respectivo preceito constitucional, independente da quantidade de horas trabalhadas de forma intermitente pelo empregado, a este deverá ser garantido o piso remuneratório de um salário mínimo mensal. Comentando a respeito, o professor Jorge Luiz Souto Maior anota o seguinte:

> Todos os defensores da aprovação do trabalho intermitente, sobretudo senadores e deputados, foram unânimes em dizer que aqueles que alardeavam que o trabalhador poderia receber menos do que um salário mínimo no trabalho intermitente estavam fazendo terrorismo porque isso não iria ocorrer. Cumpre, então, já que a lei foi aprovada e alguns pretendem aplicá-la, que se leve a efeito essa garantia dada pelo próprio legislador e compre-

> ender que no contrato intermitente está garantido ao trabalhador o recebimento do salário mínimo mensal, independente do número de horas trabalhadas no mês. Cumpre, a propósito, reconhecer que o artigo 452-A não nega esse direito aos trabalhadores, apenas estabelecendo que o valor da hora de trabalho não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ("Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não."); (SOUTO MAIOR, 2017, p. 21-22)

Dada a grande taxa de desemprego e desigualdade econômica existente em nosso país, em um primeiro momento tais mudanças possivelmente ocasionarão um aumento na empregabilidade geral da população. Tal fenômeno, contudo, resolverá o problema somente no sentido quantitativo, o que será feito em detrimento das condições de trabalho, sobretudo no que tange à remuneração.

Muitos desempregados provavelmente não terão escolha e abrirão mão de algumas condições básicas de trabalho ao assumir tais vínculos. Contudo - é preciso advertir -, não é esse o objetivo da Constituição quando elenca como fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), e como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

Os efeitos dessa falta de escolha serão ainda mais impactantes para os grupos vulneráveis e diversas minorias excluídas do mercado de trabalho, que são exatamente aquelas pessoas que mais sofrem pela falta de condições econômicas dignas.

Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado é certeira em afirmar que "todas as vezes que o trabalho afrontar a dignidade do ser humano ele deverá ser repelido do ordenamento jurídico, mesmo que tenha sido prestado com a anuência do próprio trabalhador (2008, p. 149)

Relativamente às pessoas com deficiência, uma questão que vem sendo colocada em xeque atualmente diz respeito às cotas do artigo 93 da Lei n 8.213/1991. Como já foi mencionado, o citado dispositivo trata da obrigatoriedade de a empresa que tenha cem ou mais empregados preencher seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, em uma percentagem que vai de dois a cinco por cento do total de funcionários, em proporção ao tamanho do quadro da empresa.

Indaga-se se o trabalhador com deficiência que venha a ser admitido pela modalidade de contrato intermitente poderia ser contabilizado para os fins do cumprimento da referida cota legal. Estudiosa assídua do tema, Maria Aparecida Gugel responde negativamente à questão, asseverando que o referido tipo de contrato não deve ser considerado para efeito de cumprimento das cotas.

> A reserva de cargos – número que decorre de percentual de 2% a 5% sobre o total de cargos - ocorre sobre os cargos existentes na empresa, ou quando da criação de novos cargos ou, ainda, em substituição ao trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social dispensado (parágrafo 1º do artigo 93 da Lei n° 8.213/1991). Assim, confrontadas a principal

> característica do contrato de trabalho intermitente que é a descontinuidade da prestação de serviços e a possibilidade de o trabalhador intermitente poder prestar serviços a outros empregadores, este (o trabalhador intermitente) não poderá concorrer para a reserva de cargos. Admiti-lo seria criar a figura do "trabalhador com deficiência profissional da reserva de cargos", ao mesmo tempo, e para diferentes empresas. (GUGEL, 2017, p. 08)

É notoriamente sabido que algumas empresas brasileiras são muito resistentes ao cumprimento da obrigação quanto às cotas, sendo conhecidos diversos casos na jurisprudência pátria que atestam isso. Situação emblemática é a que ocorreu no Recurso de Revista número RR - 204940-72.2004.5.02.0464, cuja sentença foi publicada em outubro de 2016 e reconheceu o direito do obreiro a indenização por danos morais. No caso, o trabalhador cotista era ordenado a ficar junto com outros colaboradores em uma sala envidraçada, sem que lhe fosse designada qualquer tarefa, o que fez com que ele e os outros empregados fossem alvo de ofensas do restante dos funcionários. (BRASIL, 2016)

Portanto, da forma como está posto, o instituto do trabalho intermitente infelizmente poderá ser usado como artifício para o cumprimento da obrigação legal das cotas, vez que o empregado poderá assumir vários contratos ao mesmo tempo, e com isso será contabilizado como cotista nas diversas empresas com as quais mantenha vínculo. É, portanto, urgente a necessidade de uma alteração legislativa no sentido de não permitir tal procedimento, sob pena de se agravar ainda mais a exclusão laboral desse grupo de trabalhadores em nosso país.

5 CONCLUSÃO

A inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho ainda representa um grande desafio em nosso país. Infelizmente, no ambiente da estrutura econômica moderna não se considera devidamente o respeito à dignidade da pessoa humana e a eliminação das graves desigualdades econômicas como objetivos primordiais. Na maior parte das empresas, a constante melhoria dos índices de produtividade e o aumento na lucratividade ainda são valores que prevalecem em detrimento de quaisquer outros.

A reforma trabalhista feita pela Lei 13.467/2017, se se mantiver por muito tempo vigente, poderá agravar significativamente esse cenário de exclusão que vivenciamos. Constata-se na nova medida o claro intento de rebaixamento de princípios basilares do Direito do Trabalho, por meio da precarização de condições de trabalho relacionadas principalmente à remuneração, à jornada de trabalho e à garantia de emprego estável.

Os pontos da Reforma que afetam diretamente as pessoas com deficiência merecem urgente readequação constitucional, haja vista que, como se demonstrou, a empregabilidade desses indivíduos é um processo mais dificultoso do que aquele que envolve o empregado sem deficiência. O acirramento da competitividade entre as empresas, intensificado pela doença do consumismo, formam um círculo vicioso que

tende cada vez mais a inibir a aceitação de trabalhadores com necessidades especiais, os quais são discriminados como se fossem incapazes.

As várias ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o STF e os pedidos de esclarecimento sobre a Reforma feitos pela OIT ao governo brasileiro denotam claramente a insatisfação popular a respeito das violações de direitos fundamentais cometidas pela citada lei. Espera-se que a atuação dos órgãos internacionais e do STF na verificação das inconstitucionalidades trazidas pelo novo regramento seja tão rápida quanto foi o trâmite da açodada aprovação da Lei 13.467/2017, realizando-se as mudanças necessárias.

É preciso que se promova um aumento das vagas de emprego, mas é necessário que essa melhoria quantitativa seja acompanhada por uma melhoria nas condições de trabalho e no respeito à dignidade dos trabalhadores, gerando maior inclusão trabalhista e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Brasília. Presidência da República. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991* –. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 19 jun. 2018.

_____. Brasília. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 19 jun. 2018.

_____. Brasília. Presidência da República. Decreto *6.949, de 25/08/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.>. Acesso em 19 jun. 2018.

_____. Brasília. Presidência da República. *Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991.* Promulga a Convenção n. 159, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0129.htm.>. Acesso em 30 jan. 2018.

_____. Brasília. Presidência da República. *Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999* – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm.>. Acesso em 22 mar. 2018.

_____. Brasília. Presidência da República. *Lei 13.146, de 06/07/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.>. Acesso em 22 mar. 2018.

_____. Brasília. Presidência da República. *Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990* – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm.>. Acesso em 22 mar. 2018.

_____. Brasília. Supremo Tribunal Federal. Decisão de Julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5794/DF. Relator: Edson Fachin. Brasília - DF. Publicação em 29/06/2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5288954>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____. Brasília. Supremo Tribunal Federal. *STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória*. Notícia em site. Disponível em

http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>. Acesso em: 08 jul. 2018.

_____. Brasília. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n.* RR - 204940-72.2004.5.02.0464, Julgamento 11/10/2016. Publicação 21/10/2015. Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues. 7ª turma. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst.> Acesso em 21 jun. 2018.

_____. Brasília. Ministério Público do Trabalho. *Decisão do STF sobre contribuição sindical preocupa MPT*. Notícia em site. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/2af9ff31-3be0-4912-90e5-48bf05d046b2>. Acesso em: 08 jul. 2018.

CONJUR – Consultor Jurídico (Site). *OIT agora diz que reforma trabalhista respeita convenções internacionais.* São Paulo – SP. Publicado em 07/06/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/oit-volta-atras-reforma-trabalhista-respeita-convencoes>, Acesso em: 14 jun. 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. A constitucionalização dos direitos trabalhistas e os reflexos no mercado de trabalho. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social*: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 145-154.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo e PALMA, Darléa Carine. *O direito fundamental do deficiente físico ao trabalho digno e sua inclusão no mercado de trabalho.* Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais – DESCONTINUADO. 17 a 19/08/2011, Chapecó (SC) Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/911/0> Acesso em: 25 abr. 2018.

GUGEL, Maria Aparecida. *O contrato de trabalho intermitente é incompatível com a reserva de cargos para pessoas com deficiência em empresas com cem ou mais empregados.* Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/trabalhoIntermitente_reservaCargosPessoaComDefici%C3%AAncia_MGugel_2017-1.pdf> Acesso em: 06 nov. 2017.

GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público. – Reserva de cargos e empregos públicos – Administração pública direta e indireta,* 3. ed. Goiânia – GO: Editora da UCG, 2016. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/pessoas-com-deficiencia-e-o-direito-ao-concurso-publico-novo.> Acesso em: 06 nov. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Rio de Janeiro: *Boletim estatístico - censo 2010*. Disponível em: <biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf.>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 19. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Aprovada pela Resolução n.217, durante a assembleia-Geral da ONU, em Paris, França, em 10/12/1948. Disponível em: <www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 22 jan. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Convenção 175 – Sobre o trabalho a tempo parcial, aprovada em 26 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_242712/lang--pt/index.htm.>. Acesso em: 16 jun. 2018.

RECONDO, Felipe. *A reforma trabalhista e o poder do Supremo Tribunal Federal.* Primeiras ações sobre o tema chegam ao plenário no próximo dia 28 de junho. Brasília – DF, 18 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/reforma-trabalhista-poder-stf-18062018.> Acesso em: 18 jun. 2018.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa – 2013.* Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anuario%20do%20Trabalho%20Na%20Micro%20e%20Pequena%20Empresa_2013.pdf.>. Acesso em: 21 mar. 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Impactos do golpe trabalhista (a Lei n. 13.467/17).* Brasília – DF. Publicado em 05/09/2018. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25669-impactos-do-golpe-trabalhista-a-lei-n-13-467-17>. Acesso em: 21 jun. 2018.

GARANTIA OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS: O que pretende a Nova Reforma Trabalhista?

Marlene de Oliveira França[*]

Resumo

Este artigo versa sobre a Lei nº 13.467, denominada Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017. Trata-se da mais relevante, profunda e ousada mudança ocorrida desde a Consolidação das Leis do Trabalho (criada pelo Decreto Lei nº 5.452/43), ainda no Governo de Getúlio Vargas. Neste texto pretende-se destacar as principais alterações, promovidas pela reforma, mas, sem a pretensão de esgotá-las, uma vez que foram mais de 100 artigos que sofreram alteração. Assim, buscar-se-á, ainda que de forma embrionária, conhecer as principais mudanças presentes nesta polêmica reforma trabalhista e, por seu turno, os principais impactos causados na vida do trabalhador. Utilizou-se da revisão bibliográfica como aporte metodológico, bem como, a abordagem hipotético-dedutivo, cuja toma por base a percepção e o aprofundamento teórico de um determinado problema, formulando e testando hipóteses em torno dele. A conclusão a que se chegou com esse estudo é de que a nova Reforma Trabalhista representará uma mudança sem precedentes nas relações de trabalhos, na medida que instituiu regimes de contratação, até então, inexistentes, atingindo frontalmente direitos constitucionalmente garantidos pela classe trabalhadora.

Palavras Chave

Reforma Trabalhista. Direitos. Trabalhador. Empregador. Constituição.

WARRANTY OR VIOLATION OF RIGHTS:

WHAT DOES THE NEW LABOR REFORM INTEND?

Abstract

This article deals with Law No. 13,467, called Labor Reform, which entered into force on November 11, 2017. This is the most relevant, profound and daring change since the Consolidation of Labor Laws (created by Decree-Law No. 5,452 / 43), still in the Government of Getúlio Vargas. This text intends to highlight the main changes, promoted by the reform, but without the pretension of exhausting them, since there were more than 100 articles that have

[*]Doutora em Sociologia pela UFPB. Possui graduação em Direito (2017) e em Servico Social (2000) pela Universidade Federal da Paraíba. Mestrado em Servico Social pela Universidade Federal da Paraíba (2003). Atualmente é Professora Adiunto III da Universidade Federal da Paraíba, lotada no Departamento de Habilitações Pedagógicas-CE. Integra integrar o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliacão da Educacão Superior - BASis/INEP/MEC. Integra o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Professora Pesquisadora do curso de Pedagogia, modalidade a Distância da UFPB. Vice-Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da UFPB. Coordenadora do Projeto de pesquisa - PIBIC/CNPq, intitulado: Um Estudo das Mulheres encarceradas no Estado da Paraíba, lidera o Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Penitenciário e Direitos Humanos. É membro integrante do Projeto de Pesquisa: Socioeducacão Em Análise: Uma Inserção Social e Acadêmica com Adolescentes em Medida de Privação e Restrição de Liberdade

undergone alteration. Thus, it will seek, albeit in an embryonic way, to know the main changes present in this controversial labor reform and, in turn, the main impacts caused in the life of the worker. The bibliographical review was used as a methodological contribution, as well as the hypothetical-deductive approach, based on the perception and theoretical deepening of a given problem, formulating and testing hypotheses around it. The conclusion we draw from this study is that the new Labor Reform will represent an unprecedented shift in labor relations, inasmuch as it has established hitherto non-existent hiring regimes, attaining head-on constitutional rights guaranteed by the working class.

Keywords
Labor reform. Rights. Worker. Employer. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

No dia 11 de novembro de 2017, entrou em vigor a Lei nº 13.467, denominada Reforma Trabalhista. Aqueles que acompanharam o processo, puderam constatar que durante a tramitação do projeto de lei pela câmara dos deputados e pelo senado, ocorreram muitas discussões sobre a constitucionalidade, ou a falta dela, o que não foi suficiente para impedir que a proposta se transformasse em Lei. Na ocasião, diversas instituições apresentaram pareceres contrários ao projeto de lei, como a OAB (secção nacional) e o Ministério Público do Trabalho (MPT), mas, certamente, não foram devidamente analisados pelos parlamentares que compõem o poder legislativo, haja vista que o texto foi aprovado sem maiores ressalvas.

Este artigo, insurge com a pretensão de discutir acerca da Consolidação das Leis dos Trabalhos (CLT), cujo texto original sofreu drásticas alterações, através da Lei 13.467/2017, demonstrando claramente e de forma crucial, como o trabalhador foi o principal prejudicado com essa reforma, tendo que se adequar aos ditames do empregador, naturalmente o principal beneficiado com ela.

Os principais defensores da mudança, dentre os quais, o próprio Governo Federal, alegam que a CLT necessitava passar por uma atualização, em razão de não mais ser capaz de acompanhar a modernização de vários setores da economia, a exemplo da área de Tecnologia, que sofre constantes mudanças. Sustentada pelo discurso de que era necessário, flexibilizar, viabilizar e simplificar a relação de trabalho entre empregados e empregadores, a Lei 13.467/2017 foi sancionada pelo Presidente da República, em exercício no dia 11 de novembro de 2017.

O certo é que as alterações, as quais entraram em vigor desde o dia 11 de novembro do corrente ano, têm provocado muitas inquietações nos mais variados setores afetados direta ou indiretamente, mas, sobretudo, junto aos trabalhadores, já que ainda é muito cedo para avaliar os impactos na vida profissional dessa categoria.

Um dos pontos que apresenta inúmeros questionamentos é o que diz respeito a possibilidade da redução do período de intervalo para descanso e refeição, passando a ter no mínimo o prazo de trinta minutos, sendo que anteriormente o prazo de intervalo seria obrigatoriamente de no mínimo uma hora por dia, para os empregados que tem a jornada de trabalho superior a seis horas diárias.

A mencionada Reforma ataca frontalmente a previsão disposta no Artigo 7º inciso IV da Constituição Federal que vem assegurar o "salário mínimo, fixado em lei,

nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim" e assegura pelo inciso V "piso salarial proporcional à extensão e a complexidade do trabalho". Com a reforma trabalhista, o asseguramento previsto pela Constituição Federal, não será mais garantido em razão da Contratação de Trabalho em Regime de Tempo Parcial

No entanto, tendo em vista o volume das alterações ocorridas em relação ao texto original, optou-se por delimitar neste artigo, alguns aspectos dessa mudança que se julgou importantes, sobretudo em razão dos impactos sofridos pela classe trabalhadora. Dentre essas mudanças, destacam-se aquelas que estão relacionadas com as férias; jornada de trabalho; trabalho temporário; trabalho em regime de tempo parcial; trabalho intermitente e teletrabalho ou *home office*.

Um aspecto bastante marcante nessa reforma é que, diferente do texto original, que previa que os acordos sindicais firmados entre as empresas e seus representantes poderiam tratar de diversos aspectos, mas nenhum deles, poderia se sobrepor aos termos da CLT, com a Reforma Trabalhista, o acordo sindical passa a ter força de lei, ou seja, não precisa mais obedecer à CLT. Abre-se com isso, uma enorme "janela" de negociações, com consequências desastrosas, pois aspectos como a jornada de trabalho, remuneração, parcelamento de férias ou quaisquer outros pontos, poderão ser efetivados apenas por meio de acordo sindical, ou seja, todas as negociações estabelecidas entre sindicato e empregador, terá força de norma trabalhista.

Com a entrada em vigor da lei 13.467/17, tornou-se possível a negociação de regras trabalhistas entre empregador e empregado, que receba salário acima de 11 mil reais, o que equivale acima do dobro do teto do regime geral do teto da previdência e possua nível superior, sem a intervenção de sindicatos. A legislação anterior dispunha que toda negociação envolvendo empregados e empregadores, independentemente de valores, deveria passar pelo sindicato por meio de Convenções coletivas.

Neste ponto, observa-se uma grande contradição da reforma, pois ao mesmo tempo em que há uma grande ênfase na negociação coletiva, há na mesma proporção, um claro desmantelamento dos sindicatos, considerados os principais responsáveis pelo entrave do desenvolvimento trabalhista, em afirmações genéricas e desprovidas de base científica, vez que ficarão totalmente acuados em face do novo contexto. Na mesma direção, constata-se um grande desprestígio, para não dizer, desprezo à Justiça do Trabalho, que fica à margem do forte aparato empresarial e de uma flexibilização nas relações de trabalhos que ameaçam à própria existência da classe trabalhadora e dos direitos duramente conquistados ao longo de várias décadas.

De acordo com o art. 1º, III da CF, um dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro é a proteção da dignidade do ser humano. Neste dispositivo, a Constituição Federal do Brasil assevera que nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento, entre outros valores, a dignidade dapessoahumana. A dignidadeé um valor que subjaz numerosas regras de direito.A proibição de toda ofensa àdignidade da

pessoa équestão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar àsua violação, inclusive na esfera dosdireitos sociais, dentre os quais, destaca-se o Direito ao trabalho.

No entanto, nem sempre esse princípio é aplicável adequadamente. Tudo depende dos fatos e das configurações jurídicas que se apresentem no caso concreto. Por isso, é necessário preservar os direitos de personalidade e a garantia de tutela contra danos morais, da proteção do trabalho precário do adolescente, do trabalhadorrural e urbano, enfim, das condições de trabalho que atentem contra a dignidade da pessoa humana (NASCIMENTO, 2014).

Por fim, numa tentativa de tornar a leitura mais fluida, optou-se por dividir a discussão da seguinte forma. O artigo inicia-se com esse texto introdutório, em seguida busca-se abordar brevemente acerca de como as férias foram tratadas na reforma. No ponto 3 são apontadas as principais mudanças ocorridas na Jornada de trabalho, a duração do trabalho e horário *in itinere;* seguida do item 3.2, em que se discute como se dará a intrajornada a partir da Nova Reforma, com destaque para o intervalo destinado a refeição e descanso. O trabalho em regime de tempo parcial também será objeto de debate do sub tópico 3.2. O ponto 4, trata do trabalho intermitente, enquanto uma das inovações da reforma. O teletrabalho foi objeto de discussão no item 5. Por fim, apresenta-se a conclusão e as referências que embasaram esse artigo.

2 FÉRIAS: O que muda com a Reforma Trabalhista?

Pelo texto anterior à Reforma e com base no art. 134 da CLT, que diz: "As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito", todos os trabalhadores contratados em regime celetista tinham o direito a um período de descanso de 30 dias remunerados, a cada 12 meses de vigência do contrato de trabalho. Previa ainda, que esse período fosse usufruído de uma única vez, salvo situações excepcionais. Porém, nunca inferior a 10 dias (§1º, art. 134). Embora a redação do caput permaneça, a redação do §1º sofreu alteração, ficando da seguinte forma:

> § 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

Para Cisneiros (2017), essa mudança foi tão somente a regulamentação ou o reconhecimento por parte do legislador, do que já vinha acontecendo de forma recorrente. O autor também considera que essa alteração foi positiva, pois possibilitou o gozo das férias em até três períodos. Entretanto, a Reforma Trabalhista ao mesmo instante que possibilitou a flexibilidade de divisão das férias em três partes, engessou, em quatorze dias, a duração mínima de um período, portanto, maior, do que o período anteriormente exigido, que era de dez dias, no mínimo.

Cabe observar que essa mudança não se deu por acaso, tampouco trata-se de algo imprevisível. O seu fundamento repousa na Convenção 132 da OIT (1970), que tem natureza de Tratado Internacional, ratificado pelo Brasil em 1999. O Tratado

prevê que o empregado tenha o direito de usufruir ao menos um período de 14 dias consecutivos, sob pena de não atender os objetivos que se busca alcançar com as férias, quais sejam: descanso prolongado, mudança na rotina diária, a realização de outras atividades e a livre escolha do que fazer em cada dia. Daí o fato de a reforma de 2017, buscar assegurar a parcela mínima de quatorze dias. Supondo que o empregado tenha 30 dias de férias, os 16 dias restantes passam a ser divisíveis por 2; divididas igualmente ou uma combinação de resultados, de modo que nenhum dos períodos seja inferior a cinco dias consecutivos.

De todo modo, em relação ao que está previsto no §1º do art., não há o que se questionar quanto à obrigatoriedade de o empregador obedecer literalmente a norma. Em face do disposto, o fato é que qualquer trabalhador atualmente pode negociar livremente como deseja usufruir as férias, se em um único período ou em até três, com a observação de que um dos quais, não seja inferior a 14 dias. Tal entendimento rechaça de uma vez por todas, o ultrapassado § 2º do art. 134 da CLT, o qual permitia o fracionamento das férias pelos menores de 18 anos e maiores de 50 anos de idade, revogado com a atual reforma. No entanto, o legislador manteve o direito de coincidência de férias para estudantes e membros da mesma família, previsto no art. 136 da CLT.

Já o § 3º, do mesmo dispositivo, proíbe a concessão do início das férias nos dois dias antes de um feriado ou o dia destinado ao repouso semanal remunerado. Conforme Cisneiros (2017), esse parágrafo sofreu a influência do Precedente Normativo 100 do TST, que previa que o início das férias, coletivas ou individuais, não poderia coincidir com sábado, domingo, feriado ou dia de compensação de repouso semanal. Surpreendentemente, a Reforma Trabalhista alargou a proteção do referido Precedente, vez que proíbe o início das férias no período de "dois dias que antecede" feriado ou repouso semanal remunerado. Assim, as férias nunca poderão começar às sextas-feiras nem no dia 23 de dezembro, por exemplo.

Em relação aos §§ 6º e 7º do art. 58-A, temos a seguinte previsão:

> § 6º É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário;
>
> § 7º As férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação.

A conclusão que se tira desses dispositivos é de que os mesmos unificam o regime de férias dos empregados a tempo parcial em relação aos empregados a tempo integral. Neste caso, coerentemente foram revogados o art. 130-A (previa uma tabela diferenciada de férias) e o art. 143, § 3º (proibia o abono pecuniário das férias ao trabalhador parcial). Com a reforma, tanto os empregados a tempo integral quanto aqueles a tempo parcial, passam a partir de agora a ter direito igualmente aos 30 dias de férias. Deduzimos que a uniformização pode ser explicada pelo fato de que houve um aumento da carga horária semanal dos trabalhadores parciais, como também, a autorização para algumas horas extras.

3 AS MUDANÇAS NA JORNADA DE TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Em relação à jornada de trabalho, de acordo com a nova redação, o acordo coletivo também equivale à norma trabalhista, podendo assim se sobrepor a CLT, quando da negociação do sindicato dos trabalhadores e empresas. Houve alteração no horário *in itinere,* no Intervalo para refeição e descanso e trabalho em regime de tempo parcial na nova Reforma trabalhista, acerca dos quais passaremos a tratar a partir de agora.

3.1 Duração do Trabalho e Horário *In Itinere*

A duração da jornada do trabalho e o horário *in itinere*, podem ser extraídos da redação do artigo abaixo mencionado:

> Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

Para Cisneiros (2017), a Lei 13.467/2017 poderia ter atualizado o *caput* do art. 58 da CLT, visando adequar sua redação ao inciso XIII do art. 7º da CF, que prevê: *"duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho";* sobretudo, em razão da existência, desde a promulgação da CF/88, dois limites de duração do trabalho: o diário, de até oito horas, e o semanal, de até quarenta e quatro horas. E, em razão da redação do referido inciso, que usa a preposição "e" ao invés da conjunção alternativa "ou", extrai-se o entendimento de que são limites cumulativos.

Da leitura desse dispositivo pode-se apreender que, extrapolando um dos limites, mesmo que o outro não ultrapasse o limite determinado, se configurará como hora extra.

Na esteira dessa discussão, vale destacar que o §1º do art. 58 da CLT foi mantido. Ele diz respeito à tolerância para atraso ou permanência do empregado. O limite é de até cinco minutos na entrada e de igual tempo na saída, como bem esclarece a nova redação da Súmula 366 do TST[1], que diz:

> Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal [...] não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual [...].

Como é possível depreender do texto da súmula, o limite diário de dez minutos foi usado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) para fins de tolerância quanto ao trajeto portaria/posto de trabalho/portaria, mas a Súmula 429 do mesmo Tribunal, que tem a seguinte redação: *"De acordo com a Súmula nº 429 do TST, o tempo despendido pelo empregado entre o portão da empresa e o posto de trabalho deve ser computado na jornada de*

[1] Redação extraída do site: < https://vitorpecora.jusbrasil.com.br/noticias/189403571/alteracao-sumula-366-tst?ref=topic_feed>. Acesso em 28 nov. 2017.

trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários"[2], foi suprimida pela nova redação do § 2º do art. 58 da CLT, que agora diz que o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência "até a efetiva ocupação do posto de trabalho" não será computado na jornada de trabalho, vejamos o que diz o artigo na íntegra:

> § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, **não será** computado na jornada de trabalho, por não ser tempo àdisposição do empregador (grifos nossos).

Neste sentido, pode-se afirmar que o novo § 2º do art. 58 da CLT, na prática aboliu o horário *in itinere*, inviabilizando também, a possibilidade de incorporar o tempo que o empregado gasta para percorrer o trajeto portão da empresa/posto de trabalho na sua jornada laboral. O horário *in itinere* propriamente dito ocorria quando a empresa estava situada em local de difícil acesso "ou" o trajeto não possuísse serviço público de transporte, "e" o empregador fornecesse a condução. É bom que se diga que boa parte dos autores considera que o horário *in itinere* representava um exagero e, de fato, o era, sobretudo, na parte que menciona: "trajeto não servido por transporte público". Ora, neste caso, não é nada justo que o empregador responda pelo ônus da ineficiência estatal, isto é, um serviço que é de obrigação do Estado. A Reforma Trabalhista, neste ponto, revogou o § 3º do art. 58 da CLT. Como pode-se observar, a nova redação do art. 58, § 2º, é uma reação direta à Súmula 90 do TST[3], que foi praticamente soterrada.

Ainda que o entendimento do TST em relação à jornada itinerária remeta ao ano de 1969, sua aplicação de forma mais efetiva, só veio ocorrer mais recentemente, sobretudo, quando de sua extensão ao trabalhador do campo e às áreas urbanas servidas por transporte precário ou intermitente.

No caso da zona rural, em razão da extensão territorial, na maior parte dos casos, é bom que se diga que o serviço do transporte coletivo praticamente inexiste, dificultando ainda mais, a solução do problema. Antes da Reforma de 2017, essa

---

[2]Informacão extraída do site: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=S%C3%9AMULA+429. Acesso em: 28 nov. 2017.

[3] Horas "*In Itinere*". Tempo de Servico (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "*in itinere*". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "*in itinere*". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "*in itinere*" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "*in itinere*" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001). (<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90>).

questão não era levada em conta, ou seja, não era de responsabilidade do empregado assumir o ônus pelo deslocamento até o local do trabalho, pois prevalecia o entendimento de que, o empregador, ao se instalar em local de difícil acesso – termo usado pela Súmula 90 – tinha conhecimento da dificuldade ou da total ausência do transporte coletivo, incorporando mais esse custo. Dito isto, fica evidente que a finalidade do art. 58, § 2º, é inverter esse ônus, transferindo para o empregado os riscos pela inexistência do transporte público no deslocamento para o local de trabalho.

Em face disso, na verdade o que se espera é que, o TST cancele ou altere a redação da Súmula 90. Ainda assim, a polêmica não se esgota com essa reforma, tampouco com a "revanche" do legislador e, talvez a solução esteja no tipo de pressão exercida pelas entidades sindicais, no sentido de negociarem com a classe patronal. Só que dessa vez, quem dita as regras do jogo é o empregador, que nitidamente passa a deter um maior poder de barganha. Por isso, não resta nenhuma dúvida de que muita discussão ainda será travada, de agora em diante, inclusive para saber como os julgadores vão enfrentar a ousadia do legislador ao não considerar o tempo utilizado pelo empregado até sua efetiva chegada ao posto de trabalho (SILVA, 2017).

3.2 Intervalo para Refeição e Descanso (intrajornada)

Via de regra e como já era esperado, haverá a flexibilização do cumprimento da jornada de trabalho, no entanto, as exigências são praticamente semelhantes àquelas que já eram previstas na legislação trabalhista. A título de exemplificação dispõe-se da Súmula 444 e da OJS 323, ambas do TST, que dispõem sobre as jornadas de trabalho de 12x36h, permitindo a flexibilização da jornada de trabalho, desde que as horas sejam efetivamente compensadas no prazo de duas semanas.

Vale destacar que na reforma de 2017, não houve alteração para o limite de 220 horas mensais. De modo que, tais limites legais, deverão ser observados em qualquer Convenção ou Acordo coletivo. Do contrário, se não houver consenso entre o sindicato de trabalhadores e as empresas, fica mantida a regra atual de 8h diárias (e 2h extras diárias) e 44 horas semanais.

No que diz respeito ao intervalo intrajornada, nas jornadas de trabalho contínua, com duração acima de seis horas, obrigatoriamente deverá ser respeitado um intervalo de alimentação e descanso, com duração de no mínimo 1h, podendo chegar até 2h (Art. 71, da CLT). Essa é a regra atual. Porém, com as alterações da CLT, previstas na Lei 13.467/2017, esse intervalo pode ser negociado diretamente com o empregador, desde que o período mínimo não seja inferior a 30 minutos (mediante autorização do Ministério do Trabalho, § 3º art. 71 da CLT).

Com essa mudança extingue-se, portanto, a exclusividade ministerial para a redução do intervalo intrajornada, soterrando, em parte, a Súmula 437 do TST[4].

[4] INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

Nesse sentido, segue-se o entendimento de Cisneiros (2017, p. 22), quando afirma que: "o legislador deveria ter alterado a redação do § 3º do art. 71 da CLT, para que ficasse em harmonia com o inciso III do art. 611-A da CLT".

Esse acordo individual é previsto pelo art. 59-A, possibilitando inclusive a supressão do intervalo para refeição e descanso. Observem o que dispõe o artigo Art. 59-A, já alterado pela Medida Provisória nº 808 de 14/11/2017[5]:

> Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Como dito, essa era a redação da Lei 13.467 de 2017 que autoriza todas as empresas a estabelecerem a jornada de 12 horas por acordo individual celebrado diretamente com o trabalhador ou por acordo ou convenção coletiva de trabalho. No entanto, a Medida Provisória nº 808 retira a autorização para as empresas estabelecerem a jornada de 12 horas mediante acordo individual, só podendo ser feita por acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, celebrada pelo sindicato da categoria. De acordo com a MP somente as entidades atuantes na área da saúde podem estabelecer a jornada de 12 horas por contrato individual.

Com a alteração tem-se, então, que o artigo 59-A é uma exceção à regra da jornada normal de 8 horas diárias, permitindo a jornada de 12 horas por acordo ou convenção coletiva; e o seu parágrafo segundo uma exceção a sua regra de somente por acordo ou convenção, permitindo que as entidades atuantes no setor da saúde a estabeleçam também por acordo individual.

A admissibilidade prevista no dispositivo ganha destaque no final do *caput*, pelo uso da expressão "observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação". Ora, se os intervalos podem ser indenizados e se o dispositivo enfatiza que tudo pode ser ajustado através de "acordo individual escrito", o que se pode depreender da norma é que haja a possibilidade de que o mesmo acordo individual dê margem para a prorrogação da jornada e a supressão da refeição.

Mesmo assim, a situação ainda causa confusão, visto que o art. 71, § 3º, não alterado com a reforma, assevera que é permitida a redução do intervalo, desde que o empregado não esteja em "*regime de trabalho prorrogado a horas suplementares*", *isto é*, em regime de horas extras.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

[5] Cumpre salientar que essa medida caducou em abril de 2018.

Por outro lado, concorda-se com Silva (2017) quando afirma que a jornada 12x36 é um regime de horas extras, que dispensa pagamento em dinheiro, tão somente pelo fato de que haverá compensação. É importante, que isso seja esclarecido, para não persistir o equívoco de que, horas extras gere ou implique necessariamente em pagamento, quando na verdade, se manifestam toda vez em que for excedida a jornada contratual, tácita ou legal, isto é, por força do art. 7º, XIII, da CF, representa nada mais do que o excedente da oitava hora. Portanto, considerando que o regime de 12x36 diz respeito a horas extras, filia-se ao autor ao não concordar que seja admitida a supressão do intervalo para a refeição e descanso, vez que se já é representa um castigo para jornadas regulares, mais cruel e penosa se torna no caso das jornadas prorrogadas.

No caso dos trabalhadores que tem uma jornada de até quatro horas por dia, não haverá intervalo. É o que dispõe o art. 71, § 1º, da CLT, que regula o intervalo intrajornada:

> § 1º Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.

No caso daqueles empregados que trabalham mais de quatro horas e até seis horas por dia, o intervalo é de 15 minutos, conforme dispõe o § 1º, acima mencionado. Esse intervalo também pode ser aumentado, basta que seja feito por meio de um acordo individual escrito, admitindo-se também o acordo coletivo ou a convenção coletiva de trabalho (*caput* do art. 71 da CLT, não alterado pela Reforma).

Compreende-se que o intervalo intrajornada interrompe o contrato de trabalho, tendo em vista que não é remunerado, conforme previsão do inalterado § 2º, art. 71, que diz: *"Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho"*.

Quanto ao § 5º do art. 71, também permanece inalterado, porém o mesmo se aplica somente aos motoristas, cobradores e fiscais de campo e afins, nos serviços de operação de veículos rodoviários, vejamos:

> § 5º O intervalo expresso no caput poderá ser reduzido e/ou fracionado, e aquele estabelecido no §1º poderá ser fracionado, quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora trabalhada, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho [...] a que são submetidos estritamente os motoristas, cobradores, fiscalização de campo e afins nos serviços de operação de veículos rodoviários, empregados no setor de transporte coletivo de passageiros, mantida a remuneração e concedidos intervalos para descanso menores ao final de cada viagem.

Em relação ao § 4º do art. 71 da CLT, o mesmo foi alterado pela Reforma Trabalhista, afetando, em parte, a Súmula 437 do TST. Foram duas as principais mudanças: (1) a não concessão, total ou parcial, do intervalo intrajornada mínimo para repouso e alimentação, implica diretamente no pagamento de uma indenização; inclusive com acréscimo de 50%, que continua incidindo sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, mas afasta a possibilidade de a verba repercutir nos demais títulos; (2) a clássica ideia de que o "intervalo intrajornada concedido parcialmente é o mesmo que intervalo não concedido" perde totalmente o sentido, pois a indenização pela não permissão parcial do intervalo, acrescida de 50%, será calculada em razão da

proporcionalidade do intervalo não concedido, ao invés do tempo integral do período de descanso.

Em face do exposto, recomenda-se uma atenção especial quanto à finalidade da norma – refeição e repouso – e quanto ao choque entre o caput do Artigo 71, que determina a concessão do intervalo, e o § 4º, que autoriza sua violação. Basta observamos esse conflito, para compreender a natureza salarial dessas horas extras.

Incomodados por essa "farra" de cláusulas e obrigações criadas pelas normas coletivas mais ousadas, o TST, decidiu não mais ser complacente com esses desmandos e vem endurecendo sua melhor jurisprudência quanto às concessões, passando a tratar com todo o rigor da lei, em cada caso concreto, os abusos cometidos frequentemente. Foi num desses "arroubos" manifestados pelo TST que fez surgir, por exemplo, a compreensão de que a redução do intervalo para alimentação e repouso, inferior a uma hora, era matéria não passível de negociação coletiva, visto que violava aspectos de saúde do trabalho. Mas, contraditoriamente, esse mesmo entendimento, consagrado pela Súmula 437 do TST, é um dos alvos direto da atual reforma trabalhista, vez que tem sido combatido veementemente, visando o seu total soterramento. Não é de se estranhar que a ele foi destinado um parágrafo específico: "Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo" (Parágrafo único do Art. 611-B).

Ainda com relação à redução do intervalo intrajornada, pelo disposto no inciso III do Art. 611-A: desde que respeitado o "limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas"; admite-se a negociação do intervalo entre empregado e empregador. Ainda que reconheçamos se tratar de um tempo exíguo, há que se reconhecer que foi importante a fixação desse piso, sob o risco de encontrarmos negociações em que não foi definido tempo algum para o almoço ou apenas 10min para o jantar.

Mesmo assim, espera-se que prevaleça o bom senso dos Tribunais, no sentido de criar uma jurisprudência trabalhista invalidando essa cláusula. De todo modo, o fato de ter sido mantida intocada a exigência de autorização prévia da autoridade trabalhista para a redução do intervalo prevista no art. 71, § 3º, é um alento de que o trabalhador, ao menos, será consultado quando da celebração do contrato de trabalho.

Neste ponto, convém recorrer ao ilustre ensinamento de Nascimento (2017, p. 2014), em alusão às condições de trabalho impostas pelo empregador no começo do processo de industrialização, não poupando sequer mulheres e crianças, vez que exigia delas excessivas e exaustivas jornadas de trabalho. O fato é que, assim como ocorre atualmente, não havia uma preocupação com o bem-estar da classe proletária, sendo inclusive, muito comum, acidentes com os trabalhadoresno exercício das suasatividades, além é claro, da péssima remuneração.

3.3 Trabalho em regime de tempo parcial na nova Reforma trabalhista

A legislação trabalhista antes da reforma, considerava trabalho em regime de tempo parcial aquele que não excede a jornada máxima de 25 horas semanais. Além disso, nesse caso, o funcionário é impedido de fazer horas extras e suas férias não podem ultrapassar o limite de 18 dias no ano.

Com a nova reforma, promulgada em 2017, tem-se um novo entendimento acerca do trabalho em regime de tempo parcial, previsto no Art. 58-A, pois a jornada é alterada para 30 horas semanais, sem horas extras ou 26 horas semanais, com direito de até 6h extras semanais. Observem sua previsão:

> Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

A alteração não foi de todo ruim, se levarmos em conta a média de cinco horas por dia, abrangendo por seu turno, apenas cinco dias de trabalho por semana. Com a Reforma, tornou-se possível abranger em média seis dias. Como já era previsto, a proibição de horas extras continua, mas agora com uma exceção (já que antes não havia qualquer possibilidade de trabalho extraordinário em regime de tempo parcial). Tal vedação ocorria em razão do previsto no § 4º do art. 59 da CLT, que autorizava horas extras, remuneradas a 50%, somente para o pessoal de até 26h semanais, expressamente revogado pela Lei 13.467/2017.

A consumação de horas extras, até o limite de seis horas semanais, poderá incidir nos contratos, desde que sua duração não exceda vinte e seis horas por semana. Isso nos faz concluir que o regime de tempo parcial passa a tolerar, após a reforma, uma carga semanal de até trinta e duas horas (vinte e seis horas normais + seis horas extras).

De todo modo, é incongruente contratar uma pessoa para trabalho em regime parcial e, posteriormente exigir que ela faça horas extras. Restando a impressão de que a pessoa estava à disposição do empregador, aguardando exclusivamente atender as necessidades dele. Em razão, se justifica a revogação pela reforma atual, do art. 58, § 3º, da CLT, o qual vedava a realização de horas extras no regime parcial.

Neste sentido, convém afirmar que a reforma teve ao menos o bom senso de não liberar, as horas extras, sem obedecer a uma previsão legal, pois do contrário, desvirtuaria totalmente o regime parcial de trabalho.

Por outro lado, cabe ressaltar que o limite de seis horas extras semanais é por sua vez, inflexível. Tal conclusão pode ser extraída do § 4º do art. 58-A da CLT, que diz:

> Na hipótese de o contrato de trabalho em regime de tempo parcial ser estabelecido em número inferior a vinte e seis horas semanais, as horas suplementares a este quantitativo serão consideradas horas extras para fins do pagamento estipulado no § 3º, estando também limitadas a seis horas suplementares semanais.

Considere-se a seguinte situação, se um trabalhador for contratado em regime de tempo parcial para trabalhar três horas por dia, de segunda a sábado, resultará num total de dezoito horas semanais, sendo assim, ele só poderá perfazer no máximo seis horas extras por semana, totalizando a duração máxima de vinte e quatro horas, inclusive abaixo do máximo permitido.

Do disposto no § 1º, não afetado pela reforma, temos: *"O salário a ser pago aos empregados sob o regime de tempo parcial será proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem, nas mesmas funções, tempo integral"*, podemos extrair que a proporcionalidade salarial continua e, nem poderia ser diferente.

A questão da proporcionalidade, já se encontrava consagrada no item I da OJ 358 da SDI-1, não ficando restrito ao regime de tempo parcial. Nada mais é do que o pagamento do salário-hora, em observância ao princípio da isonomia. Num caso hipotético, suponha-se que os empregados A e B possuem as mesmas funções, sendo que A trabalha 44h por semana e B tem uma jornada de trabalho equivalente a 22h por semana. Nesse caso, é justo, mais ainda, é lícito, que B tenha uma remuneração equivalente à metade do salário pago ao empregado A. Ao final, ambos empregados receberão, proporcionalmente, o mesmo salário-hora.

Ao que tudo indica o principal objetivo do trabalho a tempo parcial é, de fato, o pagamento do salário-mínimo ou do piso normativo de salário em bases menores, proporcionais ao tempo de jornada contratada. Assim, se o piso da categoria é de 1.200 reais, é possível contratar uma pessoa para regime de 22h semanais pagando mensalmente a metade desse valor. Nesse caso, o respeito ao salário-mínimo deve ser feito pela comparação com o salário-hora e não com o salário mensal.

Resta claro que o empregado passará a receber o salário proporcional as horas trabalhadas, referente ao salário aplicado para a respectiva função exercida, ou seja, se o empregador dispõe do pagamento de salário mínimo para uma respectiva função, ao efetuar a Contratação de Trabalho em Regime de Tempo Parcial, o empregado receberá não pela função exercida, mas sim, proporcionalmente em horas trabalhadas. Essa alteração representa um benefício para o empregador, pois os empregados que atualmente são contratados para exercer suas funções estabelecidas em contratos de carga horária de até 30 horas, poderão ser contratados pelo Regime de Tempo Parcial, sendo descaracterizados como funcionários, tendo o empregador também a possibilidade da contratação de maior quadro funcional com um menor custo de folha de pagamento, refletindo diretamente na decisão de a empresa ter ou não um quadro de funcionários efetivos.

Por fim, para a contratação de trabalhador em regime de tempo parcial, não se exige previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Implica dizer que, a contratação é livre (CISNEIROS, 2017).

Bem diferente é o caso de "alteração de regime", conforme prevê o § 2º do art. 58-A da CLT, pois, para um empregado, que trabalha em regime comum, mudar para o regime de tempo parcial, além da sua expressa concordância, é preciso que haja autorização prevista em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, em face não

apenas do mencionado § 2º, mas, sobretudo em razão do inciso XIII do art. 7º da CF. Assim dispõe o referido dispositivo:

> § 2º Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva.

Pelo disposto no § 6º, do Art. 58-A, é uma escolha do empregado "vender" parte das férias, o que antes era expressamente proibido, conforme previsto no § 3º do art. 143 da CLT, revogado expressamente pela Lei 13.467/2017). Vejamos a redação na íntegra do referido disposto: "*É facultado ao empregado contratado sob regime de tempo parcial converter um terço do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário*".

Por falta de previsão específica, incidirá o § 6º do art. 59 da CLT, que não exige qualquer formalidade para a compensação de jornada (pode ser ajustada de forma tácita, verbal ou escrita). A duração das férias em regime de tempo parcial passou a ser a mesma do regime comum, diante da revogação expressa do art. 130-A da CLT e da previsão do § 7º do art. 58-A da CLT: "As férias do regime de tempo parcial são regidas pelo disposto no art. 130 desta Consolidação", razão pela qual a conversão de 1/3 das férias em abono pecuniário (venda de parte das férias) tornou-se possível, conforme previsão do § 6º do art. 58-A.

Como já mencionado anteriormente, os §§ 6º e 7º do art. 58-A promovem a unificação do regime de férias dos empregados a tempo parcial em relação àqueles em regime de tempo integral. Cabe destacar também, que o art. 143, § 3º que vedava o abono pecuniário das férias ao parcial foi expressamente revogado.

4 TRABALHO INTERMITENTE: UMA DAS INOVAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista, como já discutida, trouxe significativas mudanças, de modo a alterar a legislação vigente. Sendo certo que na mesma ocasião, ousou inovar, regular e estabelecer regimes de contratação, nunca antes, previstos. Um deles é o chamado "Trabalho intermitente".

De pronto, é importante esclarecer que o chamado Trabalho Intermitente trata-se de uma nova modalidade que consiste em uma jornada de trabalho com períodos alternados entre prestação de serviço e inatividade, determinados em horas, dias ou meses e que não se confunde, com o trabalho a tempo parcial, que impõe algumas limitações inexistentes ao trabalhador intermitente. Ou seja, houve a legalização regulamentação do chamado "bico", do trabalho eventual.

A inclusão do art. 452-A ao corpo da nova lei trabalhista, prevendo um tipo de contrato de trabalho intermitente, trata-se de uma das principais inovações da reforma de 2017, e seguramente, até em virtude da polêmica que vem causando, já compõe a lista dos quatro ou cinco maiores temas mais preocupantes desta reforma.

Por esses motivos, o próprio Governo Federal se manifestou publicamente, ele próprio, favorável à completa revisão do art. 452-A, antes mesmo de sua entrada em vigor, tornando-se objeto de Medida Provisória nº 808 de 14/11/2017[6], de modo que

[6] Como já dito antes, essa MP caducou em abril de 2018.

não será surpresa se parte dele for revogada e outros dispositivos forem inseridos. Retomaremos a esse polêmico Artigo ao final desse texto, vejamos o que ele dispõe:

> 452-A: O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Indiscutivelmente trata-se de um dos dispositivos mais polêmicos dessa reforma. E, de modo a dar mais segurança e visibilidade a essa modalidade de trabalho, o legislador fez questão de que a mesma fosse prevista, no próprio conceito de contrato de trabalho, constante do art. 443: "o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, **ou para prestação de trabalho intermitente"**.

Extraímos o conceito do que vem a ser essa modalidade da redação contida no § 3º do art. 443, que diz:

> Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Para boa parte dos autores, entre os quais, Calegari (2017), a origem e a disciplina
desse contrato de trabalho intermitente representarão grande impacto sobre a literatura *juslaboral*, pois, acredita-se que ele representa um divisor de águas, sem comparações na recente legislação nacional.

O ponto mais polêmico dessa ousada mudança, proposta pelo legislador repousa no fato de que, normalmente, as atividades ocasionais ficam à margem do direito do trabalho e, por conseguinte, não são registrados pelo empregador, o qual se questionado juridicamente em face da Justiça do Trabalho, tende a justificar que o trabalho não possuía habitualidade, mitigando assim, o conceito de contrato de trabalho, previsto no art. 3º da CLT.

Ainda que o termo "habitualidade" não esteja explícito na redação do art. 3º da CLT, todos concordam de que trata-se de um dos requisitos que estabelece a relação de emprego. Até porque ao assegurar que o trabalho "subordinado", "pessoal" e "oneroso", se configura um contrato de trabalho, desde que a atividade se enquadre como "não eventual". Com isso, o art. 3º consolidou os requisitos da habitualidade.

Pretende-se analisar a partir de agora, os principais dispositivos que regulamentam o trabalho intermitente. A redação do antigo § 2º, do art. 443, que diz: "Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de **um dia útil** para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa", sofreu rápidas alterações, isto é, três dias após a promulgação da Lei nº 13.467/2017, por meio da Medida Provisória 808/2017. Embora aparentemente sutil, a mudança representa um novo entendimento, pois agora o empregado, terá de responder ao chamado em, no máximo, **24 horas após receber a**

convocação (restando silente, presume-se a recusa) – antes, o texto da reforma previa que a resposta deveria ser dada em até um dia útil após a convocação. Esta, por sua vez tem que ser feita com, no mínimo, três dias corridos de antecedência à prestação laboral. A convocação, conforme dispõe o § 1º, poderá ser feita através de qualquer meio de comunicação, desde que eficaz e, nela, o empregado deverá ser informado acerca de sua jornada de trabalho.

Quanto à recusa, o legislador compreendeu como válida, não atingindo a subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho, disposta no § 3º. No entanto, esse entendimento colide com boa parte da doutrina e da jurisprudência, que por um bom tempo defenderam que o empregado deve se submeter ao poder diretivo do empregador, impedido, portanto, de escolher quantas e quais atividades desempenhará. Certamente, esse talvez seja um dos dispositivos mais questionados em toda a reforma trabalhista, passível inclusive de ser contestado juridicamente, sob o argumento de que essa modalidade de contrato de trabalho está tão somente maquiando a finalidade principal: a rotatividade de mão de obra barata ou a custo zero.

Ramos (2017), assevera que juridicamente não é vedado à recusa dos chamados, constante do § 3º, porém, é incontestável as consequências que essa recusa pode acarretar na vida do empregado que recorrentemente declinar do convite, mesmo que seja em razão de já ter assumido outro contrato com um prestador que o prestigia mais. Tal justificativa não impede que ele deixe de ser chamado em outra ocasião, como uma espécie de retaliação do empregador.

A possibilidade de contratação por meio da assinatura de contrato de trabalho intermitente foi consideravelmente alterada pela reforma, pois agora, o trabalho se limitará ao período (horas, dias ou meses) para o qual for convocado pelo empregador, conforme art. 443, § 3º, que alerta: "a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente".

A leitura que se faz desse dispositivo é de que, a reforma de 2017, ainda que de modo indireto, pretende absorver no direito do trabalho as atividades repetitivas não eventuais. Mas, é preciso deixar claro, que o conceito de habitual não sofreu alteração, se o entendermos como um fato frequente e reiterado, independentemente da quantidade de "horas, dias ou meses" (CALEGARI, 2017).

O § 4º prevê a aplicação de multa de 50% (no valor de metade da diária a que teria direito se houvesse comparecido) para o empregado que, após ter concordado, faltar ao chamado sem justa causa. Ora, ao considerar-se que se trata de uma relação precária de trabalho e com rendimentos baixíssimos, a indenização de metade da diária a ser paga ao empregador é uma verdadeira afronta do legislador. Além disso, o dispositivo não deixa claro se ele (empregador) pode reter da próxima diária o valor da multa em razão da ausência em dia anterior. Mas, para isso, o trabalhador tem que comparecer ao serviço, pois caso não compareça, também não se sabe qual procedimento será adotado.

De outra banda, se o empregado comparecer no dia combinado e não tiver serviço, terá direito a 50% da diária, previsão igualmente injusta, se considerarmos as reduzidas possibilidades de trabalho e com rendimento extremamente baixo, recusar outra oferta de serviço, acreditando que a convocação de determinada empresa era

mais vantajosa e verdadeira, acarretará sem dúvidas, em sérios prejuízos para o empregado.

O período de inatividade é previsto no § 5º, do art. 443. Fica bem claro na redação do dispositivo, que o citado período não será computado como tempo à disposição do empregador, estará o trabalhador "livre" para prestar serviços a outros contratantes.

Ao contrário do que ocorre no sistema tradicional, em que o tempo que o trabalhador fica à disposição da empresa é remunerado, no trabalho intermitente, ele poderá trabalhar apenas algumas horas em uma semana, durante um mês ou um ano e, receberá apenas o equivalente às horas efetivamente trabalhadas. Além disso, a remuneração a que faz jus será calculada com base na quantidade de dias e horas trabalhadas.

Na verdade, o tempo destinado à disposição deixa de ser condição contratual obrigatória, enquanto que a manifestação da vontade do trabalhador, atendendo o chamando do contratante passa a ser o elemento obrigatório na relação contratual. Trata-se de um contrato de trabalho atrelado exclusivamente ao interesse do empregado, mas com ganhos reduzidos, se comparados aos demais trabalhadores.

A Medida Provisória já mencionada, expressamente destaca no art. 452-D, que caso decorra o prazo de um ano sem uma nova convocação do empregado, contado a partir da data a celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, restará automaticamente rescindido o contrato de trabalho intermitente.

Neste caso, presume-se que seja por inatividade, e ainda, por culpa da empresa. Em decorrência disso, o trabalhador receberá suas verbas rescisórias, sendo o aviso prévio e multa dos 40% do FGTS reduzidos pela metade, e não terá direito ao seguro desemprego ou ao saque integral de seu FGTS, só poderá movimentar 80% do saldo depositado na conta vinculada, conforme previsto na Medida Provisória 808/2017.

É certo que esta modalidade de trabalho ou contratação reduz direitos trabalhistas em relação àqueles contratados a tempo indeterminado ou determinado. Por essa redução de direitos ou de garantias ao trabalhador contratado, a lei permitirá o deslocamento de trabalhadores da estatística de desempregado para emprego intermitente, sem qualquer certeza de salário no mês porquanto condicionado à convocação pelo empregador. É o emprego sem compromisso de prover renda. A contratação de empregado para prestação de serviços de conteúdo intermitente também rompe com o paradigma de obrigações contratuais no âmbito do Direito do Trabalho, ao passo que, em se tratando de contrato de trabalho, é natural que gere entre as partes obrigações e deveres equivalentes, quais sejam, do lado do empregador de dar trabalho e salário e, do outro lado, do empregado, de entregar um tempo para cumprir o trabalho e fazer jus ao salário.

O período de inatividade sem chamado foi nomeado pelo legislador, como uma espécie de "suspensão contratual", sem salário e sem trabalho, à disposição do empregador. Isso implica dizer que, diante do cenário atual, pode-se vislumbrar dias,

semanas, meses e anos sem prestação de serviços, logo, sem remuneração de espécie alguma para o trabalhador. Assim, desconheço de como o contrato intermitente será albergado pela Previdência Social, tampouco como calculará benefícios previdenciários, uma vez que o salário mínimo é tomado como referência.

Outra previsão trazida pela MP (já caduca) é o modo como o pagamento seria realizado, uma vez que o contrato de trabalho deverá prevê local e o prazo que ocorrerá o pagamento da remuneração. O § 6, que previa que a remuneração seria paga ao final de cada período laborado, sofreu uma pequena alteração pela MP, passando a prevê que o pagamento deverá ser feito na data acordada, isto é, o empregado receberá de imediato, a remuneração a que faz jus. A mudança se deu, sobretudo para evitar que a expressão: "ao final de cada período de prestação de serviço", fosse interpretada equivocadamente ou confundida com final de bimestre ou de trimestre, ainda que esse tipo de pagamento seja vedado pelo art. 459, parágrafo único da CLT, o art. 452-A deixou brechas para isso, daí a necessidade de um ajuste.

Nesse caso, o art. 452-B, inserido na CLT por meio da MP, institui que as partes poderão acordar onde os serviços serão prestados, para qual turno o empregado será convocado. Poderá ainda decidir qual será o meio utilizado para a convocação e resposta do empregado e qual o formato para a reparação recíproca nos casos em que houver o cancelamento dos serviços previamente agendados.

Após a prestação de serviço ou ao término de um mês de trabalho intermitente (destaque para o fato de que o pagamento não poderá ultrapassar um mês de trabalho), o empregado receberá o pagamento das seguintes parcelas, quais sejam: remuneração; férias proporcionais com acréscimo de um terço; 13º salário proporcional; repouso semanal remunerado e, adicionais legais, é o que disciplina o § 6º, incisos de I a V.

Conforme dispõe o § 9º, art. 443: "A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador".

Como se pode extrair da redação do dispositivo acima, há a previsão para gozo de férias anuais, no trabalho intermitente, até porque esse direito está assegurado no art. 7º, XVII, da CF. No entanto, a lei admite que as férias sejam desprovidas de pagamento. Isto é, o direito ao gozo de férias está assegurado, inclusive, o período pode ser superior aos 30 dias previstos para os demais trabalhadores, no entanto, não tem assegurada férias remuneradas, com exceção da média dos dias trabalhados no ano anterior.

Resta então, o questionamento sobre se é ou não constitucional o gozo de férias não remuneradas, visto que a Lei maior é incisiva ao se referir a gozo de férias anuais remuneradas.

Cabe por fim concordar de que o Art. 452-A oficializa não somente o "bico", mas também o contrato-zero, modalidade que jamais se cogitou, que o legislador brasileiro pudesse aderir, dado o estrago que provoca ao permitir a contratação de empregados registrados sem assegurar salário nem trabalho.

O que a lei fez no caso dos empregados que se recusam ao chamado ou que ficam à disposição do empregador foi permitir que o contratante pudesse pagar nada ao final do dia, da semana, do mês e do ano, pelo fato de que não houve aproveitamento da mão de obra. Evidentemente quem não trabalha nada deve receber, mas o que causa estranheza nesta norma, é permitir a manutenção de um contrato-zero, aliás, se é que se possa chamar de "contrato de trabalho". Por hora, não é possível antecipar, qual será a reação da jurisprudência trabalhista sobre a constitucionalidade do contrato-zero, mas deduzimos que não será nada favorável.

Para Ramos (2017), a concepção do que vem a ser salário-mínimo não abarca o conceito de contrato-zero, porque submete o trabalhador a aspectos sobre os quais são completamente estranhos a ele. Por outro lado, amarrado ao contrato-zero, ele não pode pleitear o seguro desemprego e ao mesmo tempo não sabe se terá renda ou benefício previdenciário.

A finalidade do art. 452-B, por sua vez nada mais é do que a elaboração de um cadastro com os dados do empregado para, se e quando houver trabalho, ele seja avisado, mas sem qualquer compromisso legal de ser chamado.

5 O TELETRABALHO OU HOME OFFICE NA NOVA CLT

O teletrabalho, também chamado de **trabalho remoto**, significa, literalmente, **trabalho a distância**. Em outras palavras, trata-se de trabalho que é realizado mediante a utilização de equipamentos, possibilitando que efetivamente o trabalho seja desenvolvido num lugar diferente do que é ocupado pela pessoa que o está a realizar.

Comumente as empresas que costumam adotar esse estilo de trabalho têm como finalidade diminuir os custos fixos da mesma, como os de infraestrutura, por exemplo.

Indiscutivelmente, essa nova modalidade de trabalho, tornou-se uma área em rápido crescimento no início do terceiro milênio. Além do que, está entre os assuntos que mais tem sido objeto de estudo por estudiosos do mundo todo.

O ponto central da discussão é saber, afinal, se o teletrabalho é ou não é incompatível com o controle de jornada, ou seja, se está ou não ao alcance do empregador mensurar a produção e a atividade do empregado.

Um dos primeiros pontos que buscar-se-á tratar e, que não deixa de ser relevante do teletrabalho, é a exigência legal para a celebração de contrato de trabalho escrito, afastando a regra da não solenidade pactual prevista no art. 443 da CLT.

Como é possível extrair de sua redação, o art. 75-C da CLT prevê que o teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, o qual discriminará todas as atividades que serão realizadas pelo empregado.

Nesse sentido, conforme apregoa Nascimento (2014, p. 356) o empregador, fazendo uso do seu poder de direção e fiscalização, podeutilizar, na modalidade tele trabalho, desde que justificados, meios de vigilância à distânciano local de trabalho, utilizando-se para tanto, equipamento tecnológico adequado, com vistas a "controlar

o desempenho, o comportamento e a atividade profissional do trabalhador". De outra banda, ao trabalhadordeve ser reservado o direito de confidencialidade no que tange ao conteúdo das mensagens pessoais, bem como o acessoa informação de caráter não profissional enviada ou recebida via e-mail ou ainda, quaisquer outros meios que afetem à dignidade do trabalhador.

Do conceito do "acordo expresso", extrai-se a ideia de que o mesmo pode ser verbal ou escrito. No entanto, em relação ao teletrabalho, a intenção do legislador, ao utilizar o termo "expresso" foi exigir que a celebração do contrato de teletrabalho adotasse a forma "escrita".

A redação dos §§ 1º e 2º do art. 75-C da CLT confirmam nosso entendimento, vez que, se tratando de alterações entre regime presencial e de teletrabalho, será exigido "por escrito" os ajustes em "aditivo contratual", ou seja, pode ser livremente acordada entre empregado e empregador, sem a necessidade de previsão em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Em relação a essa questão recorre-se a Nascimento (2014) quando afirma que se antes o patrão determinava as condições de trabalho que deveriam serem cumpridas pelos empregados, é porque, particularmente, não havia um direito regulamentando o problema. Mas, o que se diz de hoje? Para que serve ou a quem serve a nova CLT? O fato é que as mudanças só beneficiam à classe patronal. E, citando Mario de La Cueva, continua Nascimento (2014, p. 30) em relação ao que acontecia com a indústria escocesa:

> O contrato de trabalho podia resultar do livre acordo das partes, mas, na realidade, era o patrão quem fixava as normas; e, como jamais existiu contrato escrito, o empregador podia dar por terminada a relação de emprego à sua vontade ou modificá-la ao seu arbítrio. A pretensão do empresariado, de melhorar a vida, também determinou essa atitude. Às vezes eram impostos contratos verbais a longo prazo, até mesmo vitalícios; portanto, uma servidão velada, praticada especialmente em minas nas quais se temia pela falta de mão de obra.

Neste ponto, entretanto, deseja-se chamar atenção para o § 2º do art. 75-C da CLT prevê a mudança inversa, ou seja, a alteração do regime de teletrabalho para o presencial, enfatizando que mudança pode ocorrer unilateralmente. Ou seja, a referida norma autoriza que a passagem de teletrabalho para o regime presencial pode ser feita por "determinação do empregador", desde que a transição respeite o mínimo de quinze dias e que conste de aditivo contratual e, "desde que não provoque prejuízos diretos ou indiretos ao empregado", visto que a inexistência de prejuízo é um dos requisitos da alteração (individual) lícita do contrato de trabalho (art. 468, da CLT). Portanto, recomenda-se atenção.

Do Art. 75-B, pode-se extrair a definição conforme previsto na Lei:

> Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

O Parágrafo único, deste art. assevera que eventualmente e, em caso da necessidade, pode ocorrer a realização de atividades específicas nas dependências da empresa, para as quais se exige a presença do trabalhador, mas, essa ocorrência não tem o condão de descaracterizar o regime de teletrabalho.

Ainda em relação ao art. 75-B, o mesmo assevera que o teletrabalho se caracteriza pela prestação de serviços "preponderantemente fora das dependências do empregador", com a "utilização de tecnologias de informação e de comunicação", as quais não podem ser confundidas com trabalho externo previsto no inciso I do art. 62 da CLT. Desse modo, o teletrabalho não precisa ser desenvolvido à distância, ou seja, fora das dependências do empregador.

Por outro lado, a caracterização ou não do teletrabalho, combinemos, não deriva do "local da prestação de serviços", já que estes não precisam ser prestados obrigatoriamente fora das dependências do empregador, mas sim do uso de meios telemáticos "que façam com que o empregado tenha liberdade na sua atuação diária, não sofrendo, por conseguinte, qualquer tipo de fiscalização de jornada, cuja fixação não será regida pelo patrão" (SILVA, 2017, p. 42).

Além do que, o fato de o empregado jamais aparecer nas dependências do empregador não é motivo para concluir que o mesmo não disponha de uma jornada fixada e controlada, pois isso pode acontecer à distância, inclusive mediante meios telemáticos. Para tanto, toma-se como exemplo a incontestável redação do parágrafo único do art. 6º da CLT, não revogado pela Reforma Trabalhista: "*Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio*".

Arrisca-se dizer que o uso de tecnologias de informação e de comunicação é, na verdade a alma do teletrabalho. Em face disso, questiona-se: na atualidade, quantos trabalhadores fazem uso das tecnologias de informação e de comunicação (TIC's) em sua rotina diária de trabalho? Ao menos para essa pergunta temos resposta. Milhares de empregados nos mais diferentes ramos da economia. Portanto, a tentativa legislativa de separar o empregado submetido ao contrato de teletrabalho da presença do empregado no local onde a empresa está sediada, é inócua e extremamente débil, para não dizer, mal-intencionada.

O art. 75-D da CLT por sua vez, trata das disposições contratuais pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos, infraestrutura para a prestação do trabalho remoto e reembolso de despesas assumidas pelo empregado, também deverão ser especificadas em contrato escrito, ratificando mais uma a não dispensa desse tipo de exigência.

Para reforçar esse entendimento, destaca-se primeiramente o previsto no parágrafo único do art. 75-D da CLT, que apenas repete o já previsto no inciso I § 2º do art. 458 da CLT e da Súmula 367 do TST, uma vez que os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura do trabalho remoto são "indispensáveis" para a efetivação do serviço, ainda que utilizados para fins particulares (item I da Súmula 367), e são fornecidos "para" o trabalho (inciso I, § 2º, art. 458). Cabe lembrar que, os equipamentos e a in-

fraestrutura, não são considerados "*salário in natura*", tampouco integra a remuneração do empregado.

Pelo fato de o empregador incorporar ao contrato escrito a expressão "teletrabalho" e evocar a disciplina do art. 75-E, que diz: "o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho", não lhe dar autoridade para extinguir as horas extras, o adicional noturno e demais direitos previstos no capítulo da duração normal da jornada.

Nesse sentido, o art. 62, III, merece uma interpretação restritiva, dada a excepcionalidade, dos demais incisos. Logo, o teletrabalho somente retira o direito às horas extras e congêneres *se for incompatível com o controle de jornada*. Simples deslocamento territorial não implica na autorização de jornadas irrestritas.

Por fim, o art. 75-E, utilizando linguagem já superada no âmbito da saúde e segurança do trabalho, determina que o empregado instrua os empregados "de maneira expressa e ostensiva", quanto às precauções para evitar doenças e acidentes, ao passo que o empregado deve se comprometer a seguir todas as instruções. Nesse sentido, é importante frisar que a tese de que todos os acidentes tivessem como causa "ato inseguro" do empregado há muito tempo também já foi superada, de modo que uma série de aspectos deve ser levada em consideração.

6 CONCLUSÃO

Não há o que se discutir, quando se fala em reforma. Toda reforma é sempre desgastante e envolve medidas drásticas que podem ser prejudiciais para alguns setores, como é o caso dessa, por exemplo, em que a contribuição sindical não será obrigatória.

Conclui-se esse artigo com a impressão de que diversos pontos da lei 13.467/17 apresentam aspectos que estão em desacordo com as normas constitucionais referentes às regras trabalhistas e a dignidade da pessoa humana. Caberá, portanto, a população à reivindicação de mudanças ou suspenção de determinados pontos.

Notou-se que o contrato intermitente causa bastante preocupação, sobretudo se considerarmos o cenário econômico e social do Brasil, em que o subemprego é tão ou mais significativo do que o emprego.

Noutra direção, alguns doutrinadores já fazem previsões catastróficas, em que a taxa de desemprego pode cair drasticamente, mas de maneira artificial, tendo em vista que uma parcela significativa da população está tendo vários contratos zerados. Sem falar que o empregado ainda pode ser penalizado com o pagamento de multas, ficar atrelado a contrato totalmente precarizado e perder oportunidades de emprego duradouro.

Esse cenário é ainda mais agravante se for levado em consideração o fato de que, a reforma foi promulgada e empurrada de "goela abaixo" por um projeto de lei que não permitiu a negociação durante sua tramitação, como costuma acontecer com leis mais polêmicas e que vão causar um grande impacto na sociedade brasileira, como é o caso desta.

A retirada dos direitos previstos no capítulo da duração do trabalho pode trazer consequências irreversíveis, tanto é que muitos autores propuseram a não recepção do dispositivo pela CF.

Com a tão temida demissão, a reforma cria um novo tipo, que poderá ser negociada por patrões e empregados e estabelece normas que podem reduzir a interferência dos sindicatos. O Objetivo é facilitar o desligamento de trabalhadores em situações e torná-lo mais barato para as empresas, patrões e empregados rescindir o contrato de trabalho em comum acordo.

Outra mudança prevista pela reforma é que não há necessidade de homologação do contrato de trabalho pelos sindicatos. As demissões coletivas poderão ser feitas sem negociação com sindicatos, que não precisam mais ser comunicados da decisão da empresa.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 de nov. 2017.

CALEGARI, Luiz Fernando. **Reforma trabalhista**: medida provisória faz novas alterações na CLT. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/62032>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

CISNEIROS, Gustavo. **Reforma Trabalhista Interpretada e Comentada.** Disponível em: <www.gustavocisneiros.com.br>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

FROTA, Paulo Mont´Alverne. CLT Reforma Trabalhista– Lei 13.467/2017. **Cotejo de Dispositivos da CLT atual com os da CLT Reformada.** Disponível em: <www.gustavocisneiros.com.br>. Acesso em: 28 de nov. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Karine Dalmas. **O Trabalho Intermitente na reforma trabalhista e suas**

Particularidades. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/62325> Acesso em: 27 de nov. 2017.

SILVA, Homero B. Mateus da**.** Comentários à Reforma Trabalhista. **Revista dos Tribunais:** Barra Funda/SP, 2017, ISBN 978-85-203-7412-2.





DOUTRINA ESTRANGEIRA

ON THE JURISPRUDENCE OF WORKPLACE DISCRIMINATION

Seth Racusen[*]

Abstract
This article aims to analyze how Brazilian jurisprudence analyzes workplace discrimination and how it maps the Brazilian racial structure into profoundly asymmetrical power relations. It analyzes judgments of the Regional Labor Courts and the Laboral Superior Court.

Key Words title
Workplace Discrimination. Jurisprudence. Assymetrical Power Relations.

Resumo
Este artigo pretende analisar como a jurisprudência brasileira analisa a discriminação no local de trabalho e como mapeia a estrutura racial brasileira em relações de poder profundamente assimétricas. Para tanto analisa julgamentos dos Tribunais Regionais do Trabalho e da Corte Superior.

Título Palavras-chave
Discriminação nos Locais de Trabalho. Jurisprudência. Relações Assimétricas de Poder.

INTRODUCTION

Racial discrimination can occur in any part of life: work, abode, shopping, public places, and certainly with friends, family and intimates. It is difficult to bring a complaint to the law about racial discrimination in any of those settings. To admit to have suffered racially discriminatory treatment represents an admission of "being the type of person who might be discriminated against - not only Black, but by association, untrustworthy, stupid and so on - as if it might be their fault that they were discriminated against." (Wade, 1997) For racial discrimination victims, this subjective use of law represents a break from silence and fear, which requires "recognition of racial belonging, self-esteem around identity, and the exercise of citizenship". (Oliveira, 2009) Further, a viable allegation requires evidence, generally in the form of testimony. In some of the settings, such as discrimination from a friend or intimate, there may be no witness to the incident. In other settings, there may be witnesses but they may have an ongoing relationship to the complainant or alleged perpetrator, which would affect their participation. Lawyers have reported that the securing of eyewitness testimony tends to be the most exacting aspect of litigating racial discrimination.

[*]Doutorado em Political Science - Massachusetts Institute of Technology (2002). Atualmente é professor associado - Anna Maria College. Tem experiência na área de Ciência Política, com emfoque em Legal Mobilization. Associate Professor of Political Science and Criminal Justice, Anna Maria College (Massachusets).

Plaintiff and witness subjectivity are both hindered by inegalitarian social structures that recreate relations of domination. (Honneth, 2004)

Brazilian anti-discrimination law has further complicated litigation against racial discrimination. During the thirty years under the antidiscrimination law of 1989 (7.716/89), racial discrimination complaints have been overwhelmingly treated as *injúria*, an injury to the honor of the complaining party and not racism, and after 1997 as injuria qualificada, a personal injury to the race of the individual. Under Brazilian legal classifications, *injúria* is a lesser charge than racism with lesser penalties that must be prosecuted by the individual and not the state. The designation of an allegation as *injúria* effectively curbed or denied a plaintiff's ability to contest discriminatory treatment in the 1990's. The unevenness and unwillingness of the Brazilian judiciary (Santos, 2015; Machado, Lima and Neris, 2016; Lima and Ribeiro, 2016; Becker and Oliveira 2013; Sales, 2006; Zapater, 2015) to apply the anti-discrimination law has been clearly documented. The law, on its part, seems overly focused on segregatory practices in the mode of Brazil's image of the US. (Zapater, 2015; Guimaraes, 1998) That understanding of racism, punished as a non-bailable felony, has effectively focused judicial inquiry on the mind and spirit of the aggressor. As Guimaraes noted in 1998, the judicial interpretation of the law was "inapplicable to the racism existing in Brazil". (Guimaraes, 1998; Lima, Machado and Neris, 2016)

The judiciary tends to decontextualize allegations (Lima and Ribeiro, 2016) by evaluating them without recognition of the repercussions and social contexts of the alleged behavior. (Machado, Lima and Neris 2016) Indeed, insults, viewed by many judges and other criminal justice officials as banal (Santos 2015), serve to reinforce social distance. (Machado, Lima and Neris, 2016; Guimaraes 2003) When defendants succeeded in overturning cases, judges tended to find evidentiary problems in the plaintiff's cases, (Lima and Ribeiro, 2016) which also included a finding that plaintiffs failed to satisfactorily show intent. (Machado, Lima and Neris, 2016) Judges are often unwilling to read intent from words and deeds and require a very high showing of prejudicial intent toward a victim and toward Blacks as a group and served as the causal agent of the aggression. (Racusen, 2002)

Civil cases proceed more fruitfully than criminal cases (Lima and Ribeiro, 2016; Juliao and Carvano, 2010, Racusen, 2003) most likely because of the differences in evidentiary standards and the hyper focus on intent in criminal cases. LAESER found in a study of 273 criminal, civil and labor court decisions issued from 2005 to 2008 that aggressors were more likely than not to prevail and that victims fared better in labor courts (37%) than in civil and criminal courts (33%). (Juliao and Carvano 2010)

Of all potential sites of discrimination, the workplace is perhaps the most socialized site with also the most articulated hierarchy of power. While there are often witnesses of the alleged discrimination in the workplace, those witnesses are highly reticent to testify against a supervisor or even co-worker because of fear of losing employment or other types of retaliation. (RO 00298-2009-038-12-00-1) The viability of a plaintiff's allegation of racial discrimination fully depends upon the citizenship of others – who are under the influence of the aggressor economically and socially.

In addition to their tremendous economic power, employ can deploy Brazilian racial ideology to their advantage. The Brazilian structure of racial identity offers a

great repertoire of options for an employer or other aggressor in the workplace. For example, if an aggressor were Brown, he possesses a readily available defense for a judicial process claiming that he could not be prejudiced against a Black, and that whatever had occurred was at most a misunderstanding. Even if he were not Brown but had black ancestry, he could cite that in his defense. Lacking this, he might mention a black wife, girlfriend or friend. In the first decade of the implementation of the new anti-discrimination law, judges tended to accept such a defense. (Racusen, 2002) In addition, defendants might compel black employees to testify on behalf of a supervisor and/or company. Such testimony does not address the facts of the allegation but represents character witnesses to influence the interpretation of prejudice.

How do labor courts, often reputed to be more accessible to the problems of ordinary Brazilians, adjudicate allegations of workplace discrimination? This paper situates the processing of workplace allegations of racial discrimination in the context of the tremendous power differential between plaintiff and defendant. First, one might ask – how do courts address such assymetric power relations? This paper asserts that plaintiff, defendant, and all witnesses recognize their highly differentiated positions in the workplace and inquires how courts recognize the positionality of the participants.

Little is known about this litigation, the focus of this paper. Work certainly provides more opportunities to have witnesses, critical for discrimination cases. Further, labor courts have the reputation of being more accessible to ordinary Brazilians, and the labor judges do need not require prejudicial intent. How do labor courts understand racism and evaluate the competing claims of complainant and defendant? This paper examines the jurisprudence of workplace discrimination, including

- What repertoires do plaintiff and defendant invoke in the alleged discriminatory circumstances?
- How does the law address the highly assymetric power relations? How efficacious is the law in response to those asymmetries?
- How do labor court judges evaluate testimony, evidence, and especially defendant prejudice in allegations of racial discrimination? Do they recognize the power imbalance of the parties in their evaluation of evidence?
- What rationales do they rely upon to apply the law and to evaluate evidence?

This paper seeks to analyze discriminatory practices, the repertoires of aggressor and victim, and judicial interpretations of the facts of the case and the respective repertoires of aggressor and victim. This paper draws upon appellate labor court decisions for the 12th TRT from the state of Santa Catarina, reputedly one of the more progressive courts in the country. Although the paper is qualititative and exploratory, I claim that some of the findings extend to other courts.

Part II: Methods

Important new empirical research has shown the overall difficulty of pressing cases of racial discrimination and the greater viability of civil rather than criminal cases. This is the first presentation of labor court proceedings on racial discrimination. I selected labor courts because of their reputation to be more balanced than other courts and I selected Santa Catarina because it has reputedly one of the more progressive and democratic judiciaries in the country.

I consulted the site for the 12th Tribunal Regional de Trabalho, which covers Santa Catarine, (http://www.trt12.jus.br/juris/scripts/form-juris.asp), June 18, 2018 and searched for the following terms in the ementa (main holding): *racismo*, *racista*, or *racial*. As such, I did not conduct an exhaustive search but simply an illustrative search. I located 34 cases that contained one or more of the search terms in the ementa. In one instance, the case did not contain an allegation of racism but the ementa simply mentioned one of the search terms. Finally, I selected only cases adjudicated since 2002 for the purpose of this analysis and include 31 cases in the study.

Virtually all of the cases were allegations of dano moral (moral damages) caused by racism. From a reading of the highlighted words in the ementas, judges characterized the nature of the act that caused the damages as follows:

TABLE I: CHARACTERIZATION OF THE ALLEGED CRIME, TRT 12, 2002-16

CHARACTERIZATION OF ALLEGED CRIME	
OFENSAS VERBAIS	7
DISCRIMINAÇÃO RACIAL	6
ASSÉDIO MORAL	5
RACISMO	5
RACISMO/DISCRIMINAÇÃO	4
INJURIA RACIAL	1
PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO	1
RACISMO/INJURIA RACIAL	1
TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO	1
TOTAL	31

SOURCE:

WEBSITE FOR THE 12TH TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, (HTTP://WWW.TRT12.JUS.BR/JURIS/SCRIPTS/FORM-JURIS.ASP

Since all of the allegations contained a verbal element that included prejudicial commentary, these characterizations emphasize distinctive and overlapping aspects of the circumstance. Racism is a nonbailable felony under the anti-discrimination law of 1989. Injuria racial is a heightened form of injuria in the código penal that punishes racial insults. Generally, the differentiation between the two has been thought to reside in whether the insult harms Blacks as a collectivity or an individual black. (Nucci, 2009) Racism in the law is defined as a "crime of prejudice" and there are associated terms above as well. Finally, assedio moral is a distinctive legal characterization that refers to severe, ongoing harassment in the workplace. (Hrirgoyen apud Aguiar) These distinct characterizations also overlap and multiple characterizations have been applied in individual cases.

The characterizations of the allegation matter. Cases characterized as assedio moral or ofensas verbais (which is not a designated crime correspond to higher levels of condemnation at the appellate level. Cases characterized as injuria racial (racial insult), racismo, or racial discrimination corresponded to lower levels of condemnation at the appellate level. "Offensive words", in this context, is a lesser characterization than the designations of racism, assedio moral, or injuria racial. The higher condemnation rate for ofensas verbais suggests a banalization of the allegations. (Santos, 2015) Because of the low N, further work is needed to confirm if this finding is statistically significant.

Table II: Outcomes of Racial Discrimination Allegations, TRT 12, 2002-16

Characterization of allegation	**All**	**Condenação**	
Preconceito e discriminação	1	1	100%
Tratamento discriminatório	1	1	100%
Ofensas verbais	7	6	86%
Assédio moral	5	4	80%
Racismo/discriminação	4	3	75%
Racismo	5	3	60%
Discriminação racial	6	2	33%
Injuria Racial	1		0%
Racismo/injuria racial	1		0%
Total	31	20	65%

Source: website for the 12th tribunal regional do trabalho, (http://www.trt12.jus.br/juris/scripts/form-juris.asp

The paper examines these decisions in qualitative detail, including aspects of the social context, the defendant repertoires, and judicial holdings about context and repertoire, explored in the next section of the paper. This approach enables us to examine the interpretative act of judging and the power dynamics between defendant and plaintiff.

Part III: Selected Findings

This section analyzes defendant repertoires in the workplace and in court, and how judges evaluate those repertoires and supporting evidence. Before examining those repertoires, it must be emphasized that in seven cases, defendants sought to intimidate plaintiffs who complained about racism with explicit threats of retaliation. In four cases, the plaintiff was also dismissed. Thus, the overall set of claims show evidence of high levels of coercion against using the law. In these instances, employers claimed that the dismissal was for just case, which the judges tended to recognize instead at retaliatory dismissal. Here are a few examples.

For example, in one case, the plaintiff, an employee of eight years who alleged harassment for the entire duration, was fired after filing a complaint. Previously, the aggressor had threatened to fire the plaintiff: "vou ofendê-lo e distratá-lo o quanto me aprouver e, se você reclamar, vai ainda perder o emprego." (RO 01663-2008-002-12-00-4) In overturning the trial court judge who had upheld this as a dismissal for judge cause, the appeal judge held that the firing constituted retaliation for a plaintiff using his rights.

After working for 16 years as a refrigerator production assistant, a complaining worker was fired after two years of alleged harassment by his superior. The worker alleged being called monkey and 'panela preta'. The worker had asked his supervisor to stop because he was offended. Upon reporting this to human resources, the worker was dismissed. (RO 00232-2007-020-12-00-1)

A worker alleged daily racial harassment from a co-worker and then sought to avoid any social circumstance in which the humiliation could occur. She subsequently reported the harassment to her supervisor, who, as the judge noted, failed to investigate the allegation but instead fired the complaing worker. (RO 0002063-92.2014.5.12.0019)

In court, defendants offered three defenses. The first was to claim that the alleged commentary was part of workplace culture, a culture of joking that was endemic to the workplace. This defense does not dispute the facts but offers a different culturalist interpretation of social dynamics and asserts the significance of humor for Brazilians and their fundamental identity as Brazilians, the formative role of humor in what makes Brazilians Brazilian. This defense was invoked in five cases and in several of which, the complaining worker was also intimidated and/or fired.

A second defense, also culturalist and also invoked in articulations of the Brazilian nation, was the defendant's personal relationship to blackness. As such, either a black defendant or a defendant with a black spouse could not be racist. This also does not refute the facts of the allegation but pretends to speak to the character of the defendant. This was invoked in three cases.

The third defense, most widely invoked in a total of six cases, involved claims about the presence and quantity of black employees in the workplace. Here, the rationale, when offered, tended to be functionalist, suggesting that a company could have no incentive to discriminate against so many black workers. The defendant would also produce one or more black workers to testify to never having been discriminated against. This again does not directly refute the facts but tries to weaken the strength of the plaintiff's claim by implicitly and/or explicitly comparing the plaintiff to other black workers. Below are emblematic examples of each.

3.1 - Joking as Workplace Culture

Here are several examples of the defendant repertoire to have been joking and that racial joking was a natural element of workplace culture. In one instance, a worker was subjected to continual jokes and harassment for his entire working career at the firm. He provided numerous material witnesses that he had been called ""negro", "macaco", "tição" e "schartz" (em alemão, preto)", as noted by the appellate judge. Further, these witnesses saw him complain about this treatment with his coworker and his superiors:

> Também foram unânimes em afirmar terem presenciado o autor reclamar com os colegas e com seus superiores imediatos (encarregados de seção) acerca do tratamento discriminatório, sendo que, em relação aos primeiros, de pouco adiantavam as reclamações, visto que as "gozações" continuavam, enquanto que, por parte dos prepostos da ré, nenhuma atitude mais contundente foi tomada, restringindo-se, por exemplo, o sr. Z*** encarregado a aconselhar o autor para "levar na brincadeira". (RO 00295-2006-015-12-00-1)

Thus, his supervisor counseled him to accept the humiliations. The company challenged the motive of the plaintiff and witnesses in court, alleging them to be opportunists and tendenciosas and denied their allegations. Most pertinently, the company did not stop the racista environment in practice. In this instance, the appellate judge upheld the decision of the trial court in holding the company responsible for the racist humiliations.

In a second case, the trial court judge had accepted the company's arguments about humor and workplace culture. In this case, an employee had endured eight years of humiliation by supervisors, having been the butt of constant jokes. The trial court judge held that the workplace culture of jokes about origin were thoroughly Brazilian, reflecting Brazilian humor and diversity:

> É induvidoso que o brasileiro se gaba de ser um povo alegre, festeiro, irreverente, com ótimo humor. . . não há como ignorar este traço sócio-cultural do povo brasileiro.
>
> São feitas piadas – e na maioria das vezes com mau-gosto – sobre deficiências físicas ("ceguinhos", "surdinhos", "mudinhos", anões, corcundas); piadas "enaltecendo" características anatômicas da raça oriental; piadas denegrindo crenças religiosas ou, ao menos, delas fazendo pouco caso; piadas relacionando determinada nacionalidade com ingenuidade ou falta de inteli-

> gência, como são comuns as piadas de português; outras, relacionando a inteligência de uma pessoa à cor do seu cabelo ("loiras"). . .
>
> Esta é uma mazela da sociedade brasileira . . .
>
> As piadas com negros, como não poderiam deixar de ser, fazem parte de toda esta horda já narrada. Elas, querendo ou não, fazem parte deste "cotidiano". Há quem ache graça! Agora, o que não se pode pretender é ver como "racismo" ou discriminação piadas com a raça negra e achar "engraçado" piadas com aleijados, albinos, portugueses, loiras, etc. Isto é hipocrisia, e do tipo bem barata! (RO 01663-2008-002-12-00-4)

The trial court advanced a slippery slope argument that this "humor", characterized as "ótimo humor" characteristic of a "povo alegre" and also "bem barrata", could not be taken as racism unless all jokes about all Brazilians were taken as racism. Further, the judge later noted, the plaintiff had even participated in the use of nicknames against others, insinuating therefore that the plaintiff had not really been offended. Further, the trial court judge asked - could calling someone by a "nickname", such as "negão", be racism? He held that the use of the term, "negao", would not be racism, only in circumstances that accentuated the term:

> Referir-se a uma pessoa de cor negra como "negão", sem qualquer conotação pejorativas ou difamante, é racismo?? Referir-se a uma pessoa muito branca como "alemão" ou "branquinho" não teria a mesma feição?? Acho que tudo depende da conotação que você quer dar ao tratamento, a maneira como você impõe sua voz e a circunstância do tratamento. Agora, o mero chamamento de uma pessoa pela sua cor ou até característica física ("gordinho", "baixinho"), por si só, não pode ser tido como tratamento racista ou discriminatório.

According to this judge, racism constitutes segregatory acts that clearly differentiated whites and blacks:

> O que me parece ser discriminatório é você contratar ou deixar de fazê-lo pelo simples fato da pessoa ser branca ou negro. Você deixar de atender determinada pessoa ou fazê-lo de forma diferente no comércio ou em uma repartição pública por ser a pessoa "branca" ou "negra". Isto é racismo. E pode se dar de um lado e de outro.

As we'll see, the judge introduced these arguments about racism and racist insults in a holding in which he granted significance to elements such as the defendant's personal relationship to blackness and the number of black employees at the firm. In this case, the defendant used all three rationales mentioned above, arguing as well to have a black wife and not be racist, and that the firm employs too many black employees to be racist. The other rationales will be treated below.

The appeal judge rejected and overturned the trial court decision. He contextualized the culture of the workplace and held that the three witnesses for the defense did not negate the allegation but sought to justify the joking:

> As três testemunhas da ré tentaram descaracterizar a pessoalidade das ofensas, falando que se faziam piadas também sobre portugueses, loiras etc. e que o próprio autor delas participava e que nunca reclamou. A primeira testemunha se declarou "negro" (fls. 295-7).

> Ora, o fato de serem contadas piadas outras que não racistas, não torna lícito ou aceitável a formulação de chistes de tal jaez, principalmente na presença do autor, porque daí, além da ofensa à sua etnia, há um componente pessoal agravante.
>
> A subordinação e a necessidade do emprego podem até ter feito o autor se calar, diante das ofensas, mas não se pode perder de vista que, caberia ao empregador refrear e mesmo eliminar essa prática nefasta e não ao empregado. Tivesse o autor oferecido oposição, principalmente diante do superior hierárquico e sua platéia, teria sido dispensado ou perseguido. (RO 01663-2008-002-12-00-4)

Thus, the judge held that jokes about nationality and appearance did not justify racist jokes. Further, he reinterpretated the plaintiff's response to the workplace arguing that the plaintiff's conduct in the context of the racist, hostile environment could not be used to argue that he accepted the racism.

Finally the judge held the company responsible for the environment, not only because of the supervisor's participation:

> Piadas e provocações podem até residir na idiossincrasia da população brasileira, mas, o mínimo que se pode exigir é que, em ambientes institucionais sejam observado um padrão civilizatório mínimo, que impede a proliferação do racismo, do preconceito, da respeito à dignidade humana.

He countered the defense here as well in holding the company responsible for the behavior of its employees.

3.2 - Defendant's personal relationship to blackness

In three cases, defendants emphasized their personal relationship to blackness as indicative of non-discriminatory intent and behavior. In one case in which a supervisor allegedly referred to a employee of two years as "negrona" and other perjorative names in front of co-workers and customers, the defendant emphasized his marriage as evidence that he could not commit a discriminatory act. The appeal judge upheld the trial court decision and did not accept that defense:

> Para deixar claro, o fato de o sr. E*** ser casado com alguém mais morena que a autora e ter ajudado a mesma em momento de dificuldade, não afasta, por si só e de forma automática, eventual prática de ato discriminatório. Talvez para redimir-se, purgar culpa ou seja lá o que for. (RO 00904-2008-054-12-00-7)

The judge held that his marriage and alleged act of friendship toward the plaintiff did not materially address the facts of the case and indeed suggested other motives for the behavior touted as inherently anti-discriminatory.

In another case, a plaintiff alleged continual racist harassment working as kitchen help which was supported by two material witnesses. The judge found discrepancies in their testimony, which did not in fact diminish the allegation but which the judge used to declare doubt. The judge declared that if the defendant had the same identity as the plaintiff, that the evidence had to be robust:

> Entretanto, o direito deve servir a tornar a vida em sociedade possível e não impossível, de forma que, não se pode presumir discriminação racial, principalmente por parte de quem possui a mesma origem racial do ofendido e em razão dela. Ainda que seja possível, em tese, discriminação racial por integrante da própria minoria, esta deve restar provada, ainda mais robustamente.

The judge emphasized discrepancies in the witness accounts about the position of the witnesses within the workplace while the alleged insults were communicated and also whether the insult was "só pode ser serviço de negro!" ou "para ela fazer serviço de branco e não de negro". Further, the judge held that a black defendant could not have discriminatory intent because she belonged to the group she was deprecating:

> não se pode olvidar que a pretensa ofensora possui origem afroascendência pelo lado materno, o que colocaria em dúvida a própria intenção discriminatória.
>
> É verdade que, para discriminar o pretenso discriminador pode estar inserido na mesma situação da pretensa vítima, ainda que isso cause espécie (ao ofender, estará também se ofendendo); isso se dá seja porque, por algum desvio, o ofensor pode estar querendo dissociar-se do grupo discriminado, seja porque, por alguma razão, não se considere seu integrante, mas, o ordinário se presume, o extraordinário deve ser provado.
>
> Se A*** disse, efetivamente, que os afrodescendentes são menos capazes que os caucasianos para executar tarefas e que a autora, inserindo-se naquele grupo, seria menos capaz, por via oblíqua criticou sua própria capacidade, porquanto, ela e a demandante, possuem a mesma origem racial (a família da mãe de A*** é de negros), daí porque, a prova de uma tese tão estapafúrdia deveria ser demonstrada. (RO 0004574-81.2011.5.12.0047)

The judge makes several arguments to be able to dismiss the evidence against the defendant. One is the view about the significance of the defendant's background that someone could not discriminate against herself. Further, the understanding of discrimination as an act of disassociation also supports the claim that this defendant could not commit a discriminatory act. And in a case with some evidentiary doubts, he held that the court should rely on the trial judge, who directly heard the evidence.

3.3 - on the Number of Black Employees in the Company

Employers asserted that the number of black employees in a company mattered and that a company with a majority of black employees could not discriminate. In these cases, the company secured black witnesses to testify to not having been discriminated against and also to emphasize the number of black employees in the workplace, as if both were badges against discriminatory behavior. Judges uphold such arguments in several cases or acknowledged the strength of the claim even in instances of finding discrimination.

In one case of alleged racial discrimination, the holding that the number of black employees undermined an allegation of racial discrimination was offered without any explanation:

> Assim, com relação à discriminação racial, em contraponto ao aspecto abordado pelo trabalhador, uma testemunha foi categórica ao apontar que "a maioria dos empregados da ré eram de cor mais escura", situação incompatível com a atitude atribuída à ré na inicial.
>
> Essa constatação ganha ainda mais força quando se observa que o contrato mantido entre as partes perdurou por quase cinco anos. Portanto, a toda evidência, não há falar em discriminação pela cor por parte da ré, sendo indevido o pagamento de indenização por dano moral pleiteado.

Both assertions, that having a workplace comprised of a majority of Afro Brazilians and that having worked at the company for five years, as being incompatible with allegations of racism, were fully unsupported. The premises for these assertions surely reside in the understanding of racial discrimination as a "crime of prejudice" and a notion that having black employees was a badge against having racial prejudice. Nonetheless, this judge acknowledged that a racial insult had been committed:

> Ainda que o fato de ter a maioria dos empregados de cor negra não permita caracterizar a discriminação racial imputada ao empregador, sofre prejuízo moral o empregado que por seu representante é chamado por apelido ofensivo em alusão à sua cor. (9106/2007) RO 01541-2006-025-12-00-0

Thus, this judge held that "offensive words" had been uttered, a holding which must be considered lesser than racial injuria. This holding resonates with the argument that many judges tend to treat racism as something banal. (Santos, 2015)

In another case, a worker alleged racial discrimination over an unspecified period of time. The only aspect of the allegation that was described is that the worker was called "macaquito" by his supervisor. The eyewitness testimony provided was not discussed substantively but dismissed as "pouco convincente" because it came from someone who had worked only two months on the job. Further, the judge claimed that a witness for the plaintiff was disproven by the presence of black workers and the company's non-discrimination policy:

> Além disso, a prova oral demonstra a existência de outros empregados negros na empresa (fl. 124) e a documental comprova que ela adotava políticas impeditivas de qualquer discriminação, conforme está evidenciado pela cartilha de princípios éticos e pelos documentos relativos à política de portas abertas, os quais o demandante em depoimento confirmou ter recebido.
>
> Com efeito, a prova da prática de "racismo" deve ser robusta, máxime quando a empresa demonstra a existência de políticas impeditivas de discriminação. (RO 00236-2007-018-12-00-3)

Thus, we see evidence dismissed for the complaint and that defendant repertoires about the number of black employees, supported by a documented non discrimination policy, as undermining the claim. Thus, conditions that are not material to the allegation can be used to deny evidence as well as to require more robust evidence.

Finally to return to the case discussed previously about racial joking in the workplace, the appellate judge overturned the trial court holding for the defendant,

that the race of the witnesses, all Black, undermined the allegation. The first instance judge had held that a company with so many black workers would not discriminate against them:

> Ora, se a empresa adota o racismo como prática usual por que contrataria tantos negros? Apenas para poder humilhá-los posteriormente.

This functionalist argument which presumes that a company would not behave irrationally ignores the reality that racism has been shown to not be "rational" and certainly to occur in companies with many black employees. Indeed, racism, as a repertoire of domination, is highly functional in such companies.

Further, the trial court judge also noted that a black witness for the defendant had worked at the company for many years and not perceived discrimination:

> empresto às afirmações da testemunha A*** o maior valor dentre todos os depoimentos, posto que, além de ex-empregado trazido pela ré, era negro. (RO 01663-2008-002-12-00-4)

Of course, this does not speak to the material facts of the allegation, but instead creates a doubt that the plaintiff spoke accurately. In overturning the trial court decision, this appellate judge did not treat the argument about the number of black employees because the evidence about the racial nature of the "joking" in the workplace was so compelling.

Discussion

Judicial holdings and judicial evaluation of evidence draw upon stated and unstated assumptions about Brazilians and the nature of racial discrimination. Several judges, trial and appellate, denied or diminished the value of evidence based upon a notion of discrimination as segregation and also functionalist claims about the irrationality of a company discriminating against its black employees, especially if they comprise a majority of the workforce. Judges who invoked or presumed Brazilian racial ideology and a particular understanding of racism as segregation narrowly read and routinely denied material evidence for their plaintiff.

As noted above, these cases primarily rely upon eyewitness testimony, evidence that is less weighted than evidence such as an object that might document an allegation. Some judges carefully analyzed the inconsistencies in testimony to determine whether these also weakened the evidence for the allegation:

> A análise dos depoimentos revela, isto sim, fragilidades e inconsistências. . . . Não se pode esperar que diante de uma situação de repentino impacto, presenciada em plena via pública, conseguissem estas testemunhas, que são mãe e filha, descrever o incidente de forma idêntica em todos seus detalhes, suscitando aí sim suspeitas. Importa verdadeiramente, que restou plenamente configurada a prática de racismo e a ofensa à honra da demandante. (RO 02392-2008-038-12-00-4)

Others used any inconsistencies to dismiss the allegation even though the inconsistencies did not undermine the alleged facts. (RO 0004574-81.2011.5.12.0047)

Some judges carefully analyzed the positionality and interests of witnesses in their assessment of the value of their testimony:

> as três testemunhas da ré ainda são seus empregados, sendo presumível o temor reverencial vigente a lhes enfraquecer o valor dos depoimentos. (RO 00298-2009-038-12-00-1)

Some judges also differentiated between material and non-material witnesses:

> A prova carreada para os autos revela que o recorrente fora repetidas vezes tratado em público por seu superior hierárquico de forma pejorativa e preconceituosa, com o emprego das expressões negro vadio e negro preguiçoso, comportamento que foi presenciado pelas testemunhas O*** e C*** (fls. 127/128). As testemunhas de defesa não negaram o acontecido, informando apenas não terem presenciado ou ouvido nenhuma discussão. (RO-V 00357-2003-024-12-00-3)

Some judges treat evidence as equivalent without analyzing whether the witnesses were material and also the potential interests and positionality of the witnesses. This approach in treating testimony as equivalent generally led to dismissing plaintiff testimony in what might be described as a "he said she said" approach.

This paper has indentified defendant repertoires in the workplace and in court, victim repertoire in the workplace, and judicial holdings about these repertoires and their supporting evidence:

> 1. Defendant repertoires in the workplace. Most defendants exercise tremendous power in their respective workplaces and openly intimidate and threaten plaintiffs. In a number of cases, intense daily harassment extended to between five and ten years. Plaintiffs who reported the incidents in the workplace tended to be fired. This intimidation occurred in workplaces in which defendants asserted the culture of racial joking, indicating both joking as a tool of domination and also a presumption of impunity, that such repertoires might be accepted in court.
>
> 2. Defendant repertoires in court. As suggested above, defendants relied upon three defenses in court: the role of humor in the culture of the workplace, a defendant's personal relationship to blackness, and the number of black employees in the company, which represent elements of the racial democracy and other culturalist discourses. For the most part, these discourses do not require material witnesses but can be sustained by non material witnesses. Companies often deployed black employees to articulate these discourses. While these articulations would not speak to the material facts of the allegation, the deployment of black employees as articulators is a strategic part of the domination within the workplace.
>
> 3. Plaintiff repertoire in the workplace. Plaintiffs do protest the discriminatory behavior within the workplace and faced severe consequences when they did.
>
> 4. Judicial holdings about these repertoires. Of the three defendant repertoires, judges articulated the most support for the rationale about the number of black employees in the firm based explicitly or implicitly on a functi-

onalist argument about the irrationality of hiring black employees and then discriminating against them. Despite this assertion, it can certainly be rational for a firm to hire many black workers and to deploy racist repertoires within the workplace as mechanisms of control. Perhaps judicial acceptance of this repertoire is partially explained by the region which is whiter than other parts of Brazil but more importantly it accepts racial democracy's claims about what is and is not racial discrimination.

Conclusion

Workplace discrimination maps the Brazilian racial structure onto profoundly asymmetric power relations. As such, a black employee wishing to contest racial discrimination depends upon the consciousness of co-workers as well as their ability and willingness to challenge to the economic status-quo to be able to sustain being a witness. As indicated by the deployment of black employees as witnesses against complainants, co-workers will encounter employer coercion if they testify for a plaintiff.

These cases of the TRT 12 show the possibility of prevailing when two or more material witnesses are able to provide and sustain testimony in front of the labor court judges of Santa Catarina. These cases also reveal the fragility of justice (Machado, Lima and Neris, 2016) because many judges still deploy racial democracy and other culturalist understandings of racist workplace relations. These cases generally provided evidence of racist communication by supervisors and by co-workers, which judges evaluated through multiple interpretative lenses as indicated above. In some general way, the cases also revealed a banalization of the offenses (Santos, 2015) as judges were more likely to condemn a defendant for "offensive words" than for "racism" or "racial injuria". While several of the cases involved larger fines, most awards were of a minor nature, and companies were fined a similar modest amount that an individual might receive. Since fines are supposed to take into account, among other factors, the ability of a defendant to pay, these modest awards are indicative of an overall diminishing of the allegations. This diminishing is accomplished step by step through the evaluation of each piece of evidence.

How might these findings project for the rest of the country? Certainly, there might be different defendant rationales offered elsewhere. It could be more difficult to sustain the significance of the number of black employees in a company for an allegation of racial discrimination in the northeast, where most companies would have a majority of black employees. The fact, however, that racial democracy and culturalist discourses have so much salience in a labor court in a state with a reputedly progressive judiciary suggests that such discourses are likely to be even more prevalent elsewhere, with all of the resultant impacts on the evaluation of evidence. That claim must be viewed as a hypothesis which merits testing in the labor court jurisprudence elsewhere in Brazil.

REFERENCES

Aguiar, Maria Rita Manzarra Garcia de, "Assédio moral: problema antigo, interesse recente", published online: *BuscaLegis.ccj.ufsc.br.*

Almeida, Carlos Alberto Lima de, (2015) "Racismo: Percepções e Representações do Campo Jurídico, na Doutrina e na Jurisprudência do Estado do Rio De Janeiro", *Legis Augustus*, 6:2, Julho/Dezembro, 37 - 49.

Becker, Simone and Deborah Guimãraes Oliveira, (2013) "Análise sobre a (não) caracterização do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo", *Estud. hist. (Rio J.)* 26: 52, 451-470.

Fagundes, Maria Cristina de Freitas e Marcus Vinicius Spolle, (2014) "Da vontade de verdade à democracia racial: um estudo de caso sobre racismo e injúria qualificada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul", *Áskesis*, 3:2, Julho/Dezembro, 57-90.

Guimaraes, Antônio Sérgio (1998), *Preconceito e discriminação: queixas de ofensas e tratamento desigual dos negros no Brasil*. Salvador, Bahia, Programa A Cor da Bahia

Guimarães, Antônio Sérgio (2004), *Preconceito e discriminação: queixas de ofensa e tratamento desigual dos negros no Brasil*. São Paulo: Editora 3,4.

Honneth, Axel, "Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice", *Acta Sociologica* 2004, 47:4, December, 351-364.

Julião, Cleber Lázaro e Luiz Marcelo Carvano, (2010) "Resultados de julgamento sobre os casos de racismo nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais do Trabalho", em Marcelo Paixão, Irene Rossetto, Fabiana Montovanele, e Luiz Marcelo Carvano (orgs), *Relatório Anual das Desigualdades Raciais no Brasil; 2009-2010*, Editora Garamond Ltda.

Lima e Silva, Andrea Franco and Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro (2016), "Racismo ou injúria racial? Como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona diante dos conflitos raciais", *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 3:1.

Machado, Marta Rodriguez de Assis, Márcia Lima, and Natália Neris (2016) "Racismo e Insulto Racial Na Sociedade Brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito", *Novos Estudos CEBRAP*, 106, Novembro, 11-28.

Monteiro, Fabiano Dias. (2003) "Retratos em branco e preto, retratos sem nenhuma cor: a experiência do Disque-Racismo da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro", (Dissertação de mestrado em Sociologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro.)

Nucci, Guilherme de Souza (2009), Código Penal Comentado, 9th Edition, Eidtora Revista dos Tribunais.

Oliveira, Maria Luisa Pereira de, et al, "Modos de Subjetivacao de Mulheres Negras: Efeitos da Discriminacao Racial", *Psicol. Soc*. [online]. 2009, vol.21, n.2, pp.266-274.

Racusen, Seth (2002) "A Mulato cannot be prejudiced": the legal construction of racial discrimination in contemporary Brazil", (Thesis, Ph.D.-Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Political Science.)

Sales Jr, Ronaldo. (2006). "Democracia racial: o não-dito racista". *Tempo social, revista de sociologia da USP*, São Paulo, SP, 18: 2, Novembro, 229-258.

Santos, Gislene Aparecida dos. (2015) "Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação", *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, 62, Dezembro, 184-207.

Wade, P. (1997). *Race and ethnicity in Latin America*. London; Chicago, Ill., Pluto Press.

Zapater, Maíra Cardoso (2015), "O Haiti ainda é aqui: a Lei 7.716/89 e o 'racismo à brasileira", *ARACÊ – Direitos Humanos em Revista*, 2:2, Maio.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO

Jose Antonio Moreno Molina[*]

Resumo

O trabalho analisa a Carta Ibero-Americana de Direitos e Deveres do Cidadão em relação à Administração Pública, aprovada pelo Centro Latino-Americano de Administração de Desenvolvimento, que reconhece, em particular, o direito fundamental da pessoa à Boa administração pública e seus direitos e deveres componentes. A Carta define e desenvolve os princípios gerais que decorrem da obrigação de boa administração das autoridades públicas e também inclui os principais deveres que o cidadão tem no âmbito de suas relações com as Administrações Públicas. Também está em estudo o reconhecimento em direito e jurisprudência da União Europeia do direito fundamental à boa administração e dos princípios básicos do direito administrativo.

Palavras-Chave

Direitos Fundamentais. Boa Administração. Legítima Confiança. Carta dos Direitos dos Cidadãos. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia.

Resumen

Se analiza en el trabajo la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública, aprobada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, que de forma destacable reconoce el derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública y sus derechos y deberes componentes. La Carta define y desarrolla los principios generales que se derivan de la obligación de buena administración de los poderes públicos y también recoge los principales deberes que tiene el ciudadano en el marco de sus relaciones con las Administraciones públicas. Es objeto de estudio también el reconocimiento en el Derecho y jurisprudencia de la Unión Europea del derecho fundamental a la buena administración y los principios básicos del Derecho administrativo

Palabras Clave

Derechos Fundamentales. Buena Administración. Confianza Legítima. Cartas De Derechos De Los Ciudadanos. Jurisprudencia Tribunal De Justicia De La Unión Europea.

Abstract

This paper analyzes the Ibero-American Charter of Citizen's Rights and Duties in relation to the Public Administration, approved by the Latin American Center for Development Administration, which notably recognizes the fundamental right of the person to the Good public administration and its component rights and duties. The Charter defines and develops the gen-

[*]Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Director de la Revista Mensual "Contratación Administrativa Práctica" de la editorial Wolters Kluwer La Ley y del Máster en "Contratación Pública" de la Universidad de Castilla-la Mancha.

eral principles that derive from the obligation of good administration of the public authorities and also includes the main duties that the citizen has in the framework of his relations with the Public Administrations. The recognition in Law and jurisprudence of the European Union of the fundamental right to good administration and the basic principles of administrative law is also under study.

Key words
Fundamental rights. Good management. Legitimate Trust. Charter of Citizens' Rights. Judgments of the Court of Justice of the European Union.

I. La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública y su aprobación en 2013 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo

El 10 de octubre de 2013 se aprobó por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Ciudad de Panamá los días 27 y 28 de junio de 2013, la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública*, un documento de alta calidad jurídico-administrativa cuya ponencia elaboró de forma brillante el ilustre administrativista y maestro del Derecho administrativo en América Latina Dr. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, Catedrático de Derecho Administrativo, director del grupo de investigación de derecho público global de la Universidad de La Coruña y presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

El CLAD es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental, que se constituyó en el año 1972 bajo la iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela y cuya sede se encuentra en Caracas. Su creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2845 - XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las Administraciones públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social.

De esta forma, su misión es promover el análisis y el intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y la modernización de la Administración pública, mediante la organización de reuniones internacionales especializadas, la publicación de obras, la prestación de servicios de documentación e información, la realización de estudios e investigaciones y la ejecución de actividades de cooperación técnica entre sus países miembros y proveniente de otras regiones.

Las Cumbres Iberoamericanas han apoyado e impulsado la labor del CLAD. Así, en el documento final de la III Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Salvador de Bahía, se expresa el decidido respaldo a los programas de transformación del Estado y modernización administrativa del sector público que desarrolla el Centro. También pueden destacarse al respecto las resoluciones y recomendaciones adoptadas en las cumbres de Guadalajara, Cartagena, Bariloche,

Viña del Mar, Isla de Margarita, Oporto, La Habana, Panamá, Santo Domingo y Santa Cruz de la Sierra[1].

Las Conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado y las Cumbres Iberoamericanas han aprobado ya varias Cartas propuestas por el CLAD, como son la Carta Iberoamericana de la Función Pública (Bolivia, 2003), el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (Uruguay, 2006), la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (Chile, 2007), la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (El Salvador, 2008) y la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Portugal, 2009).

II. El contenido de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública y su destacado reconocimiento del derecho fundamental de la persona a una buena Administración pública

La *Carta Iberoamericana* consta de un Preámbulo y sus 54 apartados están divididos en cinco capítulos.

El primero recoge la finalidad de la Carta, cuyo objetivo es el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.

En el importante capítulo segundo se definen y desarrollan los principios generales que se derivan de la obligación de buena administración de los poderes públicos. En la formulación de estos principios rectores han tenido un papel decisivo las Cartas iberoamericanas de Participación Ciudadana y de Calidad de la Gestión Pública.

El capítulo tercero atiende, según las modernas tendencias del Derecho Administrativo Global[2], a la definición del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y conjunto de sus derechos componentes.

El apartado 25 de la Carta declara que los ciudadanos "son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana".

A continuación, en los apartados 26 a 46 de la Carta, se concretan los derechos que integran el derecho fundamental a la buena Administración pública, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país y que son los

[1] Véase la web del CLAD http://www.clad.org, fecha de consulta 20 de diciembre de 2013.
[2] Ver Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", 68 Law and Contemporary Problems, 15 (2005); MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004 y AAVV (BARNÉS, J., coord.), *Las transformaciones del procedimiento administrativo*, Global Law, Sevilla, 2006.

siguientes: derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; a la tutela administrativa efectiva; a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa; a presentar por escrito o de palabra peticiones; a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración; a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente; de participación en las actuaciones administrativas; a servicios públicos y de interés general de calidad; a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos; a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo; a presentar quejas y reclamaciones; a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora; de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos; a copia sellada de los documentos que presenten; a ser informado y asesorado en asuntos de interés general; a ser tratado con cortesía y cordialidad; a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo; a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten; a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten; a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general; a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

En el capítulo cuarto se recapitulan, de forma general, los principales deberes que tiene el ciudadano en el marco de sus relaciones con las Administraciones públicas. Se trata de una de las principales novedades de la *Carta Iberoamericana*, que la diferencia de otros instrumentos similares que sólo recogen catálogos de derechos del ciudadano y no deberes. La Carta declara así que los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones públicas, tienen, correlativamente con sus derechos, sendos deberes y

obligaciones, que concreta acertadamente en: lealtad, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro; y colaboración y cumplimiento diligente de todas las obligaciones razonables y justas que les impone el ordenamiento jurídico.

Finalmente, en el quinto capítulo de la Carta se establece la protección procesal y administrativa del derecho fundamental a la buena administración y de sus derechos componentes, que es la propia de la protección de los derechos humanos, de los derechos fundamentales de la persona.

III. El surgimiento y desarrollo de las cartas de derechos del ciudadano y su objetivo de mejora de la Administración pública a través de la gestión de la calidad

Las cartas de derechos del ciudadano o cartas de servicios son unos instrumentos jurídicos que tienen como objetivo situar al ciudadano en el centro de la preocupación administrativa. Con estas cartas las Administraciones conciben al ciudadano como cliente y se fijan niveles de calidad en la prestación de los servicios públicos.

Como bien declara en sus primeras palabras el Preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública, el Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración pública. En efecto, "ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural".

El origen de las cartas se encuentra en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que, desde principios de los años 90, recomendó a las Administraciones públicas abordar procesos de reforma basados en la gestión de la calidad para mejorar la gestión pública. En Europa, las primeras cartas del ciudadano se aprueban en Inglaterra en 1991[3].

En España encontramos un primer antecedente de las cartas en el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece que las Administraciones públicas actuarán guiadas por los principios de calidad, eficacia y servicio a los ciudadanos y en el artículo 35 que recoge un catálogo de derechos del ciudadano en relación con las Administraciones públicas. En desarrollo de este precepto se aprobó el Real Decreto 1259/1999, de 16 de julio, por el que se regulan las cartas de servicios y los premios a la calidad en la Administración General del Estado[4] y con posterioridad el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, que establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración del Estado.

Otra norma que ha recogido la idea del servicio al ciudadano como principio básico, que justifica la existencia de la Administración y que debe presidir su actividad, es la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. En concreto los artículos 3 y 4 de la norma se refieren al principio de servicio a los ciudadanos, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados y simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.

Las cartas de servicio se pueden definir como documento escritos, a través de los cuales las Administraciones públicas informan a los ciudadanos sobre los servicios que tienen encomendados y acerca de los compromisos de calidad en su prestación, así como de los derechos de los ciudadanos en relación con el servicio. Las Cartas

[3] TORRUBIANO GALANTE. FERNÁNDEZ VELASCO Y GONZÁLEZ MIGUEL. *Elaboración y gestión de una carta de servicios en la Administración local*, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Madrid. 2011. p. 25.

[4] Como señala la exposición de motivos de la norma, ésta se inspira en el principio de la mejora continua de los servicios públicos en función de las demandas ciudadanas, posibilitando la transparencia y la información, la participación y consulta a los usuarios y la responsabilización de los gestores públicos. Su objetivo de traducir las expectativas ciudadanas en mejoras de los servicios se persigue por medio del suministro de información cabal sobre la naturaleza, contenido, características y formas de los servicios, sobre sus estándares o niveles de prestación y sobre los sistemas de participación, seguimiento y actualización de los compromisos. De este modo se trata también de hacer efectivo el principio de información a los ciudadanos, recogido en el artículo 35 de la Ley 30/1992, y de publicidad de la acción administrativa, a través de una mayor transparencia con los consiguientes incrementos de su control y de la participación de los ciudadanos.

sitúan a los ciudadanos en el centro de sus decisiones y hacen posible que la organización administrativa sea flexible y se adapte a las necesidades de los ciudadanos, ya que obliga a sus titulares a su transformación dinámica para atenderlos cada vez mejor.

Mediante este instrumento, los ciudadanos están en condiciones de conocer por anticipado qué clase de servicio puede esperar y demandar y cuáles son los compromisos de calidad del servicio.

En este sentido, el artículo 3.2 de la Ley 6/1997 declara como principios de funcionamiento de la Administración General del Estado, los de eficacia y eficiencia, el control de la gestión y de los resultados, la responsabilidad, la racionalización y agilización de los procedimientos administrativos y de gestión, así como prestar un servicio efectivo a los ciudadanos. Así, el artículo 4 define el principio de servicio a los ciudadanos como el que asegura la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración. Ahora bien, los mecanismos administrativos convencionales para garantizar los derechos ciudadanos a menudo son insuficientes e ineficaces. Por ello, el mismo artículo añade que la actuación de la Administración también debe asegurar la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones.

Por su parte, la Ley 4/1999, pensando -como declara su exposición de motivos- "en el buen funcionamiento de la Administración pública y, sobre todo, en los ciudadanos, que son los destinatarios de su actuación", incluyó en el artículo 3 de la Ley 30/1992 el conjunto de principios generales informadores de la actuación administrativa con la mención expresa de los de confianza legítima de los ciudadanos, de transparencia y de participación.

El artículo 35 de la Ley 30/1992 atribuye derechos a los ciudadanos en general, así como derechos de los que podríamos considerar como una especie cualificada dentro del género común de los ciudadanos, es decir, los interesados en el procedimiento administrativo. Todos ellos han venido a reforzar el fenómeno de la participación ciudadana en la Administración pública, que estaba sumido en un momento de crisis[5], a pesar de que era indudable la vigencia de los principios constitucionales y ordinarios que consagraban la participación, desde la propia caracterización del Estado español como social y democrático de Derecho.

La participación de los ciudadanos en la Administración tiene su apoyatura más importante en el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, del que deriva para todos los poderes públicos un deber jurídico, efectivo y finalista dirigido a alcanzar, en el orden social, la plenitud y realidad de la libertad en la igualdad en todas sus dimensiones de la vida colectiva.

A pesar de su falta de sistemática y de no contener los principales derechos de los ciudadanos en el procedimiento sino sólo las facultades para hacer más efectivos estos

[5] PEREZ MORENO, A., "Crisis de la participación administrativa", *RAP* 119 (1989), páginas 93 y 118.

derechos[6], el artículo 35 de la Ley 30/1992 supuso un importante avance dirigido a la modernización de la Administración y resaltó el carácter servicial de la misma[7].

IV. El derecho fundamental a la buena administración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El derecho fundamental a la buena administración se consagró en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza[8], y que tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, "el mismo valor jurídico que los Tratados" (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea –TUE-, apartado 1, párrafo primero).

En efecto, en el capítulo V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dedicado a los derechos relacionados con la ciudadanía, se reconocen el derecho de buena administración[9] y el de acceso a los documentos.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado que el principio de buena administración[10] incluye la obligación de la Comisión de tramitar correctamente los procedimientos que desarrolle y de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trate[11].

En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002[12], dado que se trataba de un recurso contra un acto desestimatorio de una denuncia, el Tribunal recordó que la tramitación diligente e imparcial de una denuncia se refleja en el derecho a la buena administración, que forma parte de los principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. En efecto, el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales

[6] DA SILVA OCHOA, J.C.: "Derechos de los ciudadanos, con especial referencia a lenguas y acceso a registros", en el libro colectivo coordinado por PENDAS GARCIA, B.: *Administraciones públicas y ciudadanos,* Praxis, Barcelona, 1993, p. 302.

[7] BAÑO LEON, J.M.: "Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración", en el libro colectivo dirigido por LEGUINA VILLA y SANCHEZ MORON: *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 84.

[8] La Carta también se había incorporado al fracasado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, en su Parte II.

[9] Analiza este derecho RODRÍGUEZ ARANA, J., *Interés general, derecho administrativo y estado de bienestar*, Iustel, Madrid, 2012 y "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16 (2012), págs. 247-274.

[10] Sobre el derecho de buena administración véase también MARTÍN DELGADO, I., "La Carta ante las Administraciones nacionales: hacia la europeización de los derechos fundamentales", en NIETO GARRIDO Y MARTÍN DELGADO, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 53 y ss.; TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004; y CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración y la calidad de los servicios", en AAVV (dirección BALAGUER CALLEJÓN y coordinación de ORTEGA ALVAREZ, CAMARA VILLAR Y MONTILLA MARTOS), *Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 351 y ss.

[11] Véanse las sentencias del TJUE de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, apartados 14 y 26, y de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, apartado 62; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1992, La Cinq/Comisión, T-44/90, apartado 86, y de 11 de julio de 1996, Métropole télévision y otros/Comisión, asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, apartado 93.

[12] Asunto T 54/99, Max mobil Telekommunikation Service GMBH contra Comisión.

de la Unión Europea confirma que "toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable"[13].

Por lo que se refiere al principio de acceso a los documentos su objeto es garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa a las partes de un procedimiento administrativo[14]. El TJUE ha declarado que el acceso al expediente permite tomar conocimiento de las pruebas que figuran en los expedientes tramitados por la Comisión Europea, a fin de que, basándose en tales documentos, puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que la Comisión haya llegado en su pliego de cargos, "contribuyendo de este modo a la consecución de la igualdad de medios procesales entre las empresas afectadas y la Comisión y, por ende, de un procedimiento administrativo justo"[15].

V. Los derechos y principios consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En especial, el principio de confianza legítima

La labor creadora del TJUE ha ido configurando todo un conjunto de principios generales del Derecho administrativo[16], que han servido para interpretar el Derecho comunitario europeo y para colmar las lagunas en él existentes.

De la misma forma que el Consejo de Estado francés contribuyó decisivamente con su jurisprudencia a la formación del Derecho administrativo francés y, a la postre, de gran parte de los Derechos administrativos europeos que bebieron en sus fuentes[17], el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está jugando un papel trascendental en el desarrollo de este Derecho administrativo común europeo.

ORTEGA ALVAREZ ha destacado cómo hasta la consolidación de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario en relación al Derecho de los Estados miembros y a la construcción de principios generales del Derecho administrativo por parte del TJUE, no empezó a ser perceptible para la doctrina administrativista este fenómeno de penetración de ordenamientos ni había percepción de que hay Derecho administrativo en el Derecho europeo, o de que éste es una parte del Derecho interno que debe ser estudiado[18].

Si bien es cierto que existen reglas en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que establecen principios de Derecho administrativo, como el artícu-

[13] Sobre el deber de diligencia e imparcialidad véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, T-24/90, apartado 79, y de 15 de septiembre de 1998, Gestevisión Telecinco/Comisión, T-95/96, apartado 53.

[14] Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Hercules Chemicals/Comisión, asunto C-51/92 P, apartado 76; y de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, apartado 126.

[15] Sentencias Hercules, citada, apartado 75, y Corus UK, apartado 125.

[16] La exposición más amplia y documentada sobre el proceso de formación de estos principios se puede encontrar en SCHWARZE, J., *Europäisches ... op. cit.* (la versión inglesa del texto puede encontrarse en *European Administrative Law*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y Sweet & Maxwell, Bruselas-Luxemburgo, 1992).

[17] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho Aminitrativo,* Civitas, 5ª ed., Madrid, 1989, tomo II, p. 549.

Sobre la influencia del Derecho aministrativo francés en los sistemas de Derecho administrativo europeos, véase *Le Conseil d'Etat, Livre Jubilaire*, París, 1989, págs. 481 y ss.

[18] ORTEGA ALVAREZ, L., "Prólogo", *op. cit.*, p. 10.

Sobre la influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico español puede verse MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho público general*, tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 62 y ss.

lo 296 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguo artículo 253 del TCE, que exige la motivación de todos los actos comunitarios, así como también a nivel de Derecho secundario -muchos reglamentos comunitarios tienen naturaleza administrativa, como los aprobados en relación con el mercado agrícola común, el régimen de la competencia y las reglas anti-dumping-, ha sido el Tribunal de Justicia quien ha formulado los grandes principios administrativos del Derecho comunitario[19].

La formación de este conjunto de categorías generales y principios se ha producido, fundamentalmente, a través de la extensión, a todo el ámbito comunitario, de la remisión, prevista en el artículo 340 del TFUE (antiguo artículo 288 TCE) en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a los "principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros"[20].

Desde el célebre caso *Algera* de 1957[21], el Tribunal de Justicia ha expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le plantean, a "las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros"[22].

Los principios generales que ha formulado, de esta manera, el TJUE, son, indudablemente, principios de Derecho público. Siguiendo a Lord MACKENZIE STUART, se podría decir que "casi todo el Derecho comunitario es Derecho público tal como los Estados miembros originarios entenderían la distinción. Esto es, el Derecho comunitario está ampliamente conectado con las relaciones entre los individuos y las instituciones comunitarias o entre los individuos y las autoridades nacionales encargadas de ejecutar las normas comunitarias; también está conectado con la relación entre la Comunidad en virtud de su personalidad jurídica y sus Estados miembros, lo cual no obsta a que ciertas facetas del Derecho comunitario puedan estar en conexión directa con la relación entre personas privadas"[23].

En definitiva, estas categorías o principios generales han jugado un papel decisivo en la consolidación del cuerpo de Derecho público comunitario destinado a regir la actividad de la Unión. En este sentido, ha sido precisamente la Corte de Luxemburgo quien ha elaborado los grandes principios rectores de las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos internos nacionales: el principio del efecto directo (reconocido a partir de la célebre Sentencia *Van Gend & Loos*, de 5-2-1963), de la primacía del Derecho comunitario (consagrado en la también decisiva Sentencia *Cos-*

[19] SCHWARCE, J., "Developing principles of European administrative law", *Public Law* 1993, p. 230 y "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 29 (1993), p. 236.

[20] Como ha indicado ALONSO GARCIA, R., esta fórmula, que paradójicamente presenta en el ámbito de la responsabilidad muchas dificultades de aplicación, ha jugado, sin embargo, un papel decisivo al extenderse al ordenamiento comunitario globalmente considerado (*Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 231 y ss.).

[21] Asuntos 7/56 y 3 a 7/57, resueltos por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1957, Rec. 1957, p. 85.

[22] Rec. 1957, páginas 114 y ss. Al hacer esta declaración de principios, el Tribunal se estaba planteando la posible revocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos.

[23] The European Communities and the Rule of Law, Londres, 1977, págs. 61 y ss. (tomo la cita de ALONSO GARCIA, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales..., op. cit.*, p. 235).

ta/ENEL, de 15-7-1964) y el principio de la responsabilidad interna por incumplimiento del Derecho comunitario (Sentencia *Francovich*, de 19-11-1991[24]).

Como ha señalado MUÑOZ MACHADO, los pilares del incipiente Derecho administrativo comunitario se establecieron sobre los principios generales del procedimiento administrativo aceptados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[25]. Varios de estos principios se han elaborado por el Tribunal al controlar la legalidad de las actuaciones y decisiones de la Comisión en materia de libre competencia, uno de los pocos ámbitos comunitarios donde existe una gestión comunitaria directa[26].

Pues bien, entre los principios generales de Derecho administrativo formulados por el Tribunal de Justicia[27], muchos de los cuales han sido recogidos por la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, se pueden destacar los principios de igualdad y no discriminación[28], de buena administración[29], de seguridad jurídica[30], de cooperación y colaboración leal entre las instituciones comunitarias y los Estados[31], de legalidad de la Administración[32], de proporcionalidad[33], de equivalencia y efectividad[34], el derecho de defensa[35],

[24] Con posterioridad a esta Sentencia, este principio ha sido reafirmado por el Tribunal en sus Sentencias *Wagner Miret*, de 16-12-1993 y *Faccini Dori*, de 14-7-1994. Sobre estas importantes Sentencias, véase COBREROS MENDOZA, E., *Incumpliento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, IVAP-Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, págs. 55 y ss.

[25] *La Unión Europea y las mutaciones...*, *op. cit.*, págs. 121 y ss.

[26] WEBER, A., "El procedimiento administrativo en el Derecho comunitario", en AAVV, *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado* (coordinación de BARNES VAZQUEZ, J.), Civitas, Madrid, 1993, p. 58.

[27] Al respecto, puede verse, en general, además de los trabajos citados de SCHWARZE y entre una amplia bibliografía: MUÑOZ MACHADO, S., "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española", *REDA* nº 75 (1992), p. 339; ALONSO GARCIA, R., *Derecho comunitario, Derechos nacionales...*, *op. cit.*, págs. 273 y ss.; FLOGAITIS, S., "Droits Fondamentaux et principes généraux du Droit aadministratif dans la jurisprudence de la Cour de Justice", *Revue Europeenne de Droit Public*, vol. 4, nº 2 (1992), págs. 291 y ss.; CHITI, M., "I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, nº 3 (1991), págs. 796 y ss.; MASSERA, A., "Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione", en la obra colectiva *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, págs. 55 y ss.; CASSESE, S., "Il problema della convergenza dei Diritti amministrativi...", *op. cit.*, p. 23; GARCIA MACHO, R., "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en el *Libro Homenaje al Profesor VILLAR PALASI*, Civitas, Madrid, 1989; y MORENO MOLINA, J.A., "Los principios generales del Derecho", en AAVV, *Derecho comunitario europeo* (dirección ORTEGA ALVAREZ, L.), Lex Nova, Valladolid, 2007, colección "El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia", páginas 23 a 93.

[28] La doctrina del Tribunal de Justicia que ha aplicado y desarrollado el principio de igualdad es verdaderamente amplia. Por todas, véanse las SSTJUE de 25 de octubre de 2001, asunto C-120/99, República Italiana contra Consejo; de 13 de noviembre de 1984, Racke, 283/83; de 13 de julio de 2000, Idéal tourisme, C-36-99 y de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97.

Sobre el principio de igualdad como principio fundamental del Derecho comunitario, véase CHRISTOPHE TCHAKALOFF, M.F., "Le principe d'egalité", *L'Actualité juridique-Droit administratif*, número especial, 20 de junio de 1996, p. 168.

[29] Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002, Max Mobil Telekommunikation Service GMBH, asunto T 54/99; de 9 de julio de 1999, New Europe Consulting y Brown/Comisión, T 231/97 y de 17 de marzo de 2005, asunto T-160/03.

Acerca del principio y su conexión con los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJUE, véase MARTÍN DELGADO, I., "Derechos fundamentales y Buena administración", en AAVV (ORTEGA, ARROYO Y PLAZA, eds.), *Spanish Administrative Law under European Influence*, Europa Law Publishing, 2010, págs. 43-81.

[30] SSTJUE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-470-99; de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95; de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-76/98; y de 12 de febrero de 2004, en el asunto C-236/02.

[31] SSTJUE de 13 de julio de 2004, asunto C-82/03, Comisión contra República Italiana; de 11 de diciembre de 1985, Comisión contra Grecia, 192/84 y de 6 de marzo de 2003, Comisión contra Luxemburgo, C 478/01.

[32] Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst AG*.

el principio de publicidad[36] y el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables[37].

También reconoció el TJUE el principio de la confianza legítima, trasladándolo de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán ("Bundesverfassungsgericht")[38]. El principio puede ser invocado por todo particular al cual una Institución comunitaria haya hecho albergar esperanzas fundadas. Por el contrario, nadie puede invocar una violación del principio de confianza legítima si la Administración no le ha dado unas seguridades concretas[39].

Sobre la exigencia de buena fe como requisito de la confianza legítima se pronuncia el TJUE en su sentencia de 12 de mayo de 1998 (asunto C-366/95), en el marco de un litigio sobre ayudas comunitarias indebidamente pagadas, al señalar que "el Derecho comunitario no puede supeditar la posibilidad de que un exportador alegue su buena fe, en lo relativo a la conformidad de la mercancía con la descripción que hizo de la misma en la declaración presentada para lograr una restitución a la exportación, a la práctica de un control del procedimiento de fabricación o de las mate-

---

[33] Véanse, entre una amplísima jurisprudencia, las sentencias del TJUE de 16 de diciembre de 1999, UDL, asunto C-101/98, de 12 de marzo de 2002, Omega Air y otros, asuntos acumulados C-27/00 y C-122/00, de 9 de septiembre de 2004, asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02, de 17 de octubre de 1989, *Dow Chemical Ibérica*, de 26-11-1990, *Zardi* y de 11 de mayo de 2006, asunto C-384/04.

[34] STJUE de 9 de diciembre de 2010, en el asunto C-568/08, que recuerda la reiterada jurisprudencia del Tribunal según la cual la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). Véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral, 33/76, apartado 5; de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 43; de 15 de abril de 2008, Impact, C-268/06, apartado 46, y de 8 de julio de 2010, Bulicke, C-246/09, apartado 25.

[35] Sentencia de 20 de marzo de 1990, *Bélgica contra Comisión*.
El derecho a la defensa, como garantía final de la legalidad, viene exigido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tanto en el marco del procedimiento administrativo, como si se acude a la vía jurisdiccional para que enjuicie la decisión administrativa. En este último caso, se debe contemplar la posibilidad del mantenimiento de la situación de derecho que el particular invoca, mediante la adopción inmediata de medidas cautelares. El Tribunal también ha resaltado la necesidad de motivación de las decisiones que pongan fin al procedimiento, como presupuesto imprescindible de cara a su posible control judicial a posteriori (Sentencias de 17 de marzo de 1983, *Control Data*, asunto 294/81 y de 1 de julio de 1986, *Usinor*). La motivación no sólo tendría por finalidad permitir al interesado fundamentar su recurso ante el órgano jurisdiccional, sino permitirle decidir, con pleno conocimiento de causa, si le conviene o no impugnar la decisión (Sentencias de 15 de octubre de 1987, *UNECTEF* y de 6 de junio de 2002, asunto C-133/99, Países Bajos y Francia contra Comisión).

[36] Sentencia de 17 de noviembre de 1988, *British American Tobacco and Reynolds*.

[37] El Tribunal de Justicia ha declarado que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares (sentencias de 19 noviembre 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, apartado 35; de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame, C-46/93 y C-48/93, apartados 31 y 51, y de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier, C-445/06, apartados 19 y 20).

[38] ÁLVAREZ GARCÍA, V., "Las perspectivas de futuro del derecho público ...", *op. cit.*, págs. 12 y 13. Véase también CASTILLO BLANCO, F., *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998 y GARCÍA MACHO, R., "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *REDA*, núm. 56 (1987).

[39] Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998, asunto T-105/96, y de 31 de marzo de 1998, asunto 129/96.

rias primas utilizadas por su tercer proveedor, con el fin de verificar la calidad de la citada mercancía, a menos que no haya razones especiales para dudar de que el contenido de la declaración se ajusta a la realidad o a las circunstancias particulares, como es el caso de unos precios anormalmente bajos o la importancia del margen de beneficio de las empresas exportadoras" (f.j.25).

Acerca del alcance y límites del principio de confianza legítima, la STJUE de 23 de noviembre de 2000[40], señaló que el quinto Código de ayudas a la siderurgia[41] no podía en ningún caso generar expectativas legítimas en lo que respecta a la posibilidad de conceder excepciones individuales a la prohibición de las ayudas de Estado, sobre la base del artículo 95, párrafos primero y segundo, del Tratado, en una situación imprevista como la que llevó a la adopción de las Decisiones impugnadas.

En la sentencia de 15 de junio de 2000[42], el TPI desestimó la pretensión de los recurrentes basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima. Según la doctrina del Tribunal europeo, únicamente circunstancias excepcionales pueden justificar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de una ayuda. Además, el reconocimiento de esta confianza legítima presupone, en principio, que esta ayuda se ha concedido observando el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado. Los regímenes de ayudas controvertidos, que constituían, en la medida en que preveían la concesión de ayudas a empresas que se dedican al transporte internacional, regímenes de ayudas nuevos sujetos a la obligación de notificación, no fueron notificados. Pues bien, para el TPI el mero hecho de que las partes demandantes sean pequeñas empresas no justifica que puedan tener una confianza legítima en la legalidad de las ayudas controvertidas, sin comprobar que se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 3, del Tratado. Además, el hecho de que las ayudas concedidas a empresas que ejercen una actividad de transporte local, regional o nacional fuesen ayudas existentes no puede justificar la confianza de las empresas que se dedican al transporte internacional en la legalidad del procedimiento seguido por lo que respecta a las ayudas que se les concedían. No quedó pues demostrado, para la Corte Europea, que la obligación de restituir estas ayudas viole el principio de protección de la confianza legítima.

En relación con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJUE señala que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurran en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos

[40] Asunto C-1/98 P, British Steel plc, Contra Comisión, Consejo, Italia y España. La sentencia resuelve un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1997, British Steel/Comisión, T-243/94

[41] El quinto Código de ayudas a la siderurgia fue adoptado mediante la Decisión nº 3855/91/CECA de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas para la siderurgia (DO L 362, p. 57).

[42] Asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Alzetta y otros.

económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso[43].

En la sentencia de 4 de abril de 2001, asunto T-299/97, el TPI desestimó la alegación de la *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia* basada en la violación del principio de protección de la confianza legítima, ya que únicamente circunstancias excepcionales pueden justificar la confianza de los beneficiarios en la legalidad de una ayuda. Además, el reconocimiento de esta confianza legítima presupone, en principio, que esta ayuda se ha concedido observando el procedimiento previsto en el artículo 93 del Tratado. En el presente caso, "la parte demandante no invoca ninguna circunstancia excepcional que pueda justificar una confianza legítima en la legalidad de las ayudas concedidas a las empresas que se dedican al transporte internacional".

La sentencia del TPI de 20 de marzo de 2001, en el asunto T-52/99, desestimó el recurso planteado por una empresa alemana que alegaba haber sufrido perjuicios como consecuencia de la adopción por parte de la Comisión de disposiciones supuestamente contrarias a las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y a determinados principios generales del Derecho comunitario. En cuanto a la posible violación del principio de confianza legítima, el Tribunal la descartó ya que dado que las instituciones comunitarias disponen de un margen de apreciación al elegir los medios necesarios para la realización de su política, los operadores económicos no pueden confiar legítimamente en el mantenimiento de una situación existente, que puede resultar modificada por las decisiones adoptadas por dichas instituciones en el marco de su facultad de apreciación. Esto ocurre especialmente en un ámbito como el de las organizaciones comunes de mercados, cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica.

También sobre el alcance del principio de confianza legítima se pronunció el TJUE en su sentencia de 18 de enero de 2001[44]. En efecto, la Comisión interpuso un recurso en virtud del artículo 226 TCE con el fin de que se declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 12 de la Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, al aplicar un tipo reducido del «IVA» a la prestación de servicios consistente en permitir a los usuarios la utilización de una infraestructura viaria. Para justificar el incumplimiento de las obligaciones que la Sexta Directiva le impone, el Gobierno español alegaba que la duración de los procedimientos incoados por la Comisión contra aquellos Estados miembros en los que la utilización de las infraestructuras viarias no está sujeta al IVA creó en el Reino de España una confianza legítima en que la Sexta Directiva no imponía necesariamente la obligación de aplicar el tipo normal del IVA a dicha actividad.

[43] Véanse, en este sentido, las sentencias del TJUE de 11 de marzo de 1987, asunto 265/85, Rec. 1987, p. 1155 y de 26 de junio de 1990, C-152/88, Rec. 1990, p. I-2477.
[44] Comisión contra España, asunto C-83/99.

Sin embargo, como destacó el Tribunal, el principio de confianza legítima, que es el corolario del principio de seguridad jurídica, es invocado generalmente por los particulares (agentes económicos) que se encuentran en una situación de confianza legítima creada por los poderes públicos y no puede ser invocado por un gobierno para eludir las consecuencias de una resolución del Tribunal de Justicia por la que se declare la invalidez de un acto comunitario[45]. Un Estado miembro no puede invocar el principio de confianza legítima para oponerse a la declaración objetiva del incumplimiento por su parte de las obligaciones que le imponen el Tratado o un acto de Derecho derivado, ya que la admisión de dicha justificación sería contraria al objetivo del procedimiento previsto en el artículo 226 del Tratado.

El principio de protección de la confianza legítima fue acogido por la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español (entre otras, en las Sentencias de 1 de febrero de 1990, 13 de febrero de 1992, 17 de febrero, 5 de junio y 28 de julio de 1997), y se consagra en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tras su modificación por la Ley 4/1999, que en su artículo 3, cuyo número 1, párrafo 2º.

REFERENCES

ALONSO GARCIA, R., Derecho comunitario, Derechos nacionales..., op. cit., págs. 273 y ss.; FLOGAITIS, S., "Droits Fondamentaux et principes généraux du Droit aadministratif dans la jurisprudence de la Cour de Justice", Revue Europeenne de Droit Public, vol. 4, nº 2 (1992), págs. 291 y ss..

ÁLVAREZ GARCÍA, V., "Las perspectivas de futuro del derecho público…", op. cit., págs. 12 y 13.

BAÑO LEON, J.M.: "Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración", en el libro colectivo dirigido por LEGUINA VILLA y SANCHEZ MORON: La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, Tecnos, Madrid, 1993, p. 84.

CASTILLO BLANCO, F. A., "Derechos y principios relacionados con la buena administración y la calidad de los servicios", en AAVV (dirección BALAGUER CALLEJÓN y coordinación de ORTEGA ALVAREZ, CAMARA VILLAR Y MONTILLA MARTOS), Reformas Estatutarias y Declaraciones de Derechos, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, págs. 351 y ss.

CASTILLO BLANCO, F., La protección de la confianza en el Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 1998 y GARCÍA MACHO, R., "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", REDA, núm. 56 (1987).

CHITI, M., "I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo", Rivista trimestrale di diritto pubblico, nº 3 (1991), págs. 796 y ss.

CHRISTOPHE TCHAKALOFF, M.F., "Le principe d'egalité", L'Actualité juridique-Droit administratif, número especial, 20 de junio de 1996, p. 168.

[45] Sentencia de 19 de septiembre de 2000, Ampafrance y Sanofi, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99.

CRUZ ALLI, J., Derecho administrativo y globalización, Civitas, Madrid, 2004 y AAVV (BARNÉS, J., coord.), Las transformaciones del procedimiento administrativo, Global Law, Sevilla, 2006.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R., Curso de Derecho Adminitrativo, Civitas, 5ª ed., Madrid, 1989, tomo II, p. 549.

GARCIA MACHO, R., "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en el Libro Homenaje al Profesor VILLAR PALASI, Civitas, Madrid, 1989.

GARCIA, B.: Administraciones públicas y ciudadanos, Praxis, Barcelona, 1993, p. 302.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N. Y STEWART, R. B., "The Emergence of Global Administrative Law", 68 Law and Contemporary Problems, 15 (2005).

MARTÍN DELGADO, I., "Derechos fundamentales y Buena administración", en AAVV (ORTEGA, ARROYO Y PLAZA, eds.), Spanish Administrative Law under European Influence, Europa Law Publishing, 2010, págs. 43-81.

MASSERA, A., "Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione", en la obra colectiva El desenvolupament del dret administratiu europeu, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993, págs. 55 y ss.; CASSESE, S., "Il problema della convergenza dei Diritti amministrativi...", op. cit., p. 23.

MIR PUIGPELAT, O., Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo), Civitas, Madrid, 2004.

MORENO MOLINA, J.A., "Los principios generales del Derecho", en AAVV, Derecho comunitario europeo (dirección ORTEGA ALVAREZ, L.), Lex Nova, Valladolid, 2007, colección "El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia", páginas 23 a 93.

MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho público general, tomo I, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 62 y ss.

NIETO GARRIDO Y MARTÍN DELGADO, Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 53 y ss.

PEREZ MORENO, A., "Crisis de la participación administrativa", RAP 119 (1989), páginas 93 y 118.

RODRÍGUEZ ARANA, J., Interés general, derecho administrativo y estado de bienestar, Iustel, Madrid, 2012 y "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 16 (2012), págs. 247-274.

SCHWARCE, J., "Developing principles of European administrative law", Public Law 1993, p. 230 y "Tendances vers un droit administratif commun en Europe", Revue trimestrielle de droit européen, nº 29 (1993).

SCHWARZE, J., Europäisches…, op. cit. (la versión inglesa del texto puede encontrarse en European Administrative Law, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas y Sweet & Maxwell, Bruselas-Luxemburgo, 1992).

SSTJUE de 13 de julio de 2004, asunto C-82/03, Comisión contra República Italiana; de 11 de diciembre de 1985, Comisión contra Grecia, 192/84 y de 6 de marzo de 2003, Comisión contra Luxemburgo, C 478/01.

TOMÁS MALLÉN, B., El derecho fundamental a una buena administración, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

TORRUBIANO GALANTE, FERNÁNDEZ VELASCO Y GONZÁLEZ MIGUEL, Elaboración y gestión de una carta de servicios en la Administración local, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, Madrid, 2011, p. 25.

WEBER, A., "El procedimiento administrativo en el Derecho comunitario", en AAVV, El procedimiento administrativo en el Derecho comparado (coordinación de BARNES VAZQUEZ, J.), Civitas, Madrid, 1993, p. 58.

ANÁLISIS DEL PACTO UE - TURQUÍA. ¿JAQUE MATE AL DERECHO DE ASILO¿

Carlos Francisco Molina del Pozo[*]

Resumo

Em 18 de março de 2016, os Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros da União Europeia decidiram adotar um pacto com a Turquia para alcançar o objetivo de "acabar com os negócios dos traficantes e oferecer aos imigrantes uma alternativa". Este pacto estabeleceu, entre outras coisas, que qualquer subvenção irregular da Turquia que chegue ao território europeu seja devolvida à Turquia. Uma crítica a esse pacto é que ele procura confundir refugiados com imigrantes irregulares, o que viola as regras da Convenção de Genebra de 1951, o Protocolo de 1967 e grande parte das regras européias sobre direito de asilo.Um outro ponto polêmico do Pacto é a inclusão da Turquia na lista de países seguros.É necessário avaliar se o Pacto UE-Turquia infringe as regras do direito internacional e as regras do direito da UE denunciadas por várias organizações, incluindo a Comissão Espanhola de Assistência aos Refugiados ou o Conselho Geral de Direito Espanhol.

Título Palavras-chave

Pacto UE-Turquia. Refugiados. Direito Internacional.

Abstract

On 18 March 2016, the Heads of State or Government of the Member States of the European Union decided to adopt a pact with Turkey to achieve the goal of "ending the traffickers' business and offering immigrants an alternative". This pact established, among other things, that any irregular immigrant from Turkey arriving in European territory would be returned to Turkey. One criticism of this pact is that it seeks to confuse refugees with irregular immigrants. This would violate the rules of the 1951 Geneva Convention, its 1967 Protocol and much of the European rules on the right of asylum. Another polemic point of the Pact is the inclusion of Turkey in the list of safe countries. It would be necessary to assess whether the EU - Turkey Pact infringes the rules of international law and the rules of EU law as has been denounced by various organizations, including the Spanish Commission for Refugee Assistance or the General Council of Spanish Law.

Key Words title

EU - Turkey Pact. Refugees. International Law.

[*]Licenciado en Derecho por la Universidad de Estrasburgo, Master en Altos Estudios Europeos Comunitarios por el Colegio de Europa, Master en Dirección de Empresas por el Instituto de Empresa, y Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Se desempeña como director del Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Alcalá de Henares, Director del Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid), y Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración. Fue Presidente de la Asociación Universitaria de Estudios Comunitarios. Es uno de los principales expositores del Encuentro de Especialistas en el MERCOSUR de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ha sido distinguido como Catedrático "Jean Monnet" de Derecho Comunitario Europeo, y como Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad de Buenos Aires y a Universidad de Rosario de Argentina.

1. Introducción

El presente artículo tiene como eje fundamental hacer un análisis sobre la naturaleza y el contenido de la Declaración UE – Turquía y su compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE.

En primer lugar, se hará un recorrido por los antecedentes que dieron lugar a dicha Declaración de 18 de marzo de 2016 para comprender las circunstancias que han llevado a tomar esta decisión. En este sentido, se explicará el impulso que se pretendió dar en 2013 al Sistema Europeo Común de Asilo con la modificación de ciertas normas europeas.

En segundo lugar, se analiza la naturaleza jurídica de la Declaración UE – Turquía. Se trata de saber si estamos ante un acto de naturaleza política o ante un Tratado Internacional susceptible de producir efectos jurídicos entre las partes.

En tercer lugar, se estudia el contenido de la Declaración, y se cuestiona su compatibilidad con algunas disposiciones del Derecho Internacional, como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y con algunas normas del Derecho de la Unión Europea, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y la Directiva 2013/33/UE sobre condiciones de acogida del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013.

Finalmente se hace una breve reseña sobre la Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017, ya que parece adoptar el esquema de la Declaración UE – Turquía como modelo a seguir para tratar el problema migratorio también en la ruta del Mediterráneo central.

2. Antecedentes del pacto UE – Turquía de 18 de marzo de 2016

La actual crisis de refugiados que vive la Unión Europea es seguramente la más cruenta de su (ya no tan joven) historia. Desde la II Guerra Mundial, Europa no se había enfrentado a un problema migratorio de semejante magnitud. Los mimbres de la Unión Europea, por lo que hasta ahora hemos visto, no parecen muy idóneos para plantar cara con solvencia a un reto migratorio de este tamaño. La propia Unión Europea habla de la llegada de más de un millón de personas, entre los que se incluiría a inmigrantes y personas refugiadas.

Siguiendo a González Enríquez, C. (2015), podríamos decir, que el comienzo de la actual crisis de refugiados se remonta hasta 2011, cuando a consecuencia de las llamadas primaveras árabes, Túnez y Libia dejan de ejercer un control eficaz sobre las personas que salen de esos países hacia Europa (especialmente Italia y Malta). No cabe duda que el comienzo del conflicto en Siria es un hecho fundamental que ha agravado de manera preocupante la crisis. Esta crisis de refugiados alcanza su punto

álgido en 2015, siendo la mayoría de personas desplazadas de origen sirio (Naïr, 2016, p. 19 y siguientes). Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a finales de 2015, el 54% de personas refugiadas de todo el mundo venían de tres países: Siria (4,9 millones), Afganistán (2,7 millones) y Somalia (1,1 millones).

Para entender la dimensión de la crisis, es necesario traer a colación las siguientes cifras: hasta el año 2002 la Unión Europea recibía de media unos 300.000 solicitantes de asilo. En 2015, la media subió hasta los 770.000 solicitantes (González Enríquez, 2015).

En momentos más recientes, desde enero de 2016 hasta el 31 de enero de 2017, y según fuentes del ACNUR, el 22,1% de las personas que llegaban a Europa por la vía del mar Mediterráneo procedían de Siria (82.377), el 11,3% de Afganistán (41.876), el 10,2% de Nigeria (38.071), el 7,5% de Iraq (27.833), y el 5,6% de Eritrea (20.734).

Como acabamos de ver, el país que exporta más personas refugiadas es Siria. Conviene conocer, siquiera de manera sucinta, los orígenes de este conflicto dada la repercusión que sus consecuencias están teniendo en el territorio europeo. Siguiendo a Gutiérrez Espada, C. (2015), podemos decir que si hemos de fijar una fecha concreta como comienzo del conflicto, esta es el 6 de marzo de 2011. Ese día, un grupo de adolescentes fueron detenidos por la policía por haber realizado una pintada en una calle en contra del régimen de Bashar Al-Assad. Esta detención supuso una serie de protestas en las que las fuerzas del orden público se excedieron, disparando incluso contra los manifestantes (Gutiérrez Espada, pp. 100 y siguientes.). Al igual que Gutiérrez Espada, otros autores se han pronunciado en el mismo sentido (Rosaria Mauro, M., 2016).

Esta reacción desproporcionada del Gobierno sirio contra su pueblo, comienza a conformar realmente una suerte de oposición estable que va siendo alimentada en sus aspiraciones por los intereses de otros Estados, consistentes en derrocar a Bashar Al-Assad[1]. De este modo, las manifestaciones, revueltas y actos de resistencia frente al Gobierno sirio van en aumento progresivamente, y es a partir del verano de 2012 cuando se puede hablar abiertamente ya de la existencia de una guerra civil en Siria.

En lo que a la Unión Europea se refiere, es necesario recordar que el vigente Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, preveía el desarrollo de una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, así como la creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)[2]. En este orden de ideas, en 2010 el Consejo Europeo elaboró el Programa de Estocolmo, que pretendía conseguir un procedimiento común de asilo para los distintos Estados miembros.

Esta aparente voluntad humanitaria plasmada en el Tratado de Lisboa, no ha sido tal en función de la actuación de la Unión Europea desde 2011. Básicamente, como respuesta al reto migratorio, la UE ha recrudecido la vigilancia de sus fronteras exteriores y ha llegado a cerrar algunas fronteras interiores, poniendo así en cuestión todo

[1] Algunos Estados financian a la oposición siria para que puedan adquirir armamento, entre los que se encontraría Estados Unidos.
[2] Vid. art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

el sistema Schengen, cuya piedra angular, precisamente, es la ausencia de fronteras interiores dentro de la UE. Así lo expresa la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR):

> La Unión Europea y sus Estados miembros, en respuesta a esta situación, han intensificado la vigilancia en sus fronteras exteriores negando a estas personas la oportunidad de solicitar protección internacional al tiempo que han introducido controles en sus fronteras interiores con el fin de evitar la entrada a sus países de las personas que habían conseguido llegar hasta Europa. (La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2012 de CEAR).

Como ejemplo del cierre de fronteras interiores al que se acaba de hacer referencia, hemos de detenernos en el episodio ocurrido en 2011 en la isla italiana de Lampedusa. Italia, desbordada por la afluencia de personas, sobre todo, de origen tunecino, no puso mucho empeño en impedir que estas personas se desplazaran, una vez ya se encontraban en territorio italiano, hacia otros países europeos, principalmente Francia. Esta actuación no sentó nada bien al Gobierno francés, que en cierto modo, reestableció la frontera interior con Italia mediante la disposición de policías franceses en dicha frontera, vulnerando así, la normativa europea, concretamente, el Código de Fronteras Schengen[3].

En esta línea, lo ocurrido en octubre de 2013, puso de manifiesto la necesidad de establecer unas vías seguras para que las personas refugiadas puedan solicitar protección internacional en Europa y "la urgente necesidad de impulsar medidas de solidaridad adecuadas para garantizar la acogida y un acceso rápido y efectivo a la protección" (La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2014 de CEAR). Nos estamos refiriendo al naufragio de dos embarcaciones que se dirigían a Lampedusa y Sicilia, y que supusieron la muerte de alrededor de trescientas personas.

Cabe señalar que la Unión Europea en 2013 llevó a cabo la puesta en marcha de un paquete legislativo con el objetivo de impulsar el SECA y reducir las desigualdades a la hora de solicitar asilo en el territorio de la Unión Europea. Este paquete legislativo lo integraban 5 normas europeas:

> *Directiva sobre procedimientos de asilo revisada*[4]: Esta norma europea se encarga de regular el procedimiento de asilo en toda la Unión Europea. Según la Comisión Europea, con la nueva Directiva revisada, se han conseguido una serie de logros, entre los que se encontrarían:
>
> La introducción de mecanismos específicos en las fronteras que aseguran que cualquier solicitante de asilo puede acceder al procedimiento de manera eficaz;
>
> Se aumenta la rapidez y eficacia de los procedimientos, durando como máximo seis meses desde la solicitud de asilo;

[3] Vid. en la actualidad, REGLAMENTO (UE) 2016/399 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), concretamente arts. 22 y siguientes.

[4] Vid. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015).

Aquellos casos que no tengan fundamento jurídico para obtener algún tipo de protección internacional, serán tramitados con arreglo a procedimientos acelerados, agilizando así el procedimiento;

Las personas más vulnerables, como menores de edad, personas discapacitadas o enfermas, recibirán un trato preferente;

Directiva sobre condiciones de acogida revisada[5]: Esta norma lo que busca es establecer una serie de condiciones de acogida a los solicitantes durante el lapso de tiempo que media entre la presentación de la solicitud de asilo y el estudio de la misma por parte de las autoridades. Como novedades a la anterior regulación, se establece, entre otras cosas:

Una lista de motivos tasados para detener a estas personas;

Garantiza la asistencia jurídica gratuita y la información por escrito tras la presentación de un recurso contra una orden de detención.

Directiva sobre requisitos revisada[6]/[7]: Esta norma prevé qué requisitos deben cumplirse para poder obtener algún tipo de protección internacional, ya sea, el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria. Como principal novedad, iguala bastante en derechos a cualquier persona merecedora de protección internacional, ya sea refugiada o disfrute de la protección subsidiaria.

Reglamento de Dublín revisado[8]: El Reglamento de Dublín venía a establecer una suerte de procedimiento para determinar qué Estado miembro es el responsable a la hora de estudiar una determinada solicitud de asilo. Con la nueva regulación, se introducen interesantes novedades, como por ejemplo, la posibilidad de recurrir ante una decisión de traslado de un Estado miembro a otro o la posibilidad de que con la interposición de este recurso, se suspenda el traslado temporalmente.

Reglamento Eurodac revisado[9]: Esta norma tenía como objetivo crear una base de datos con las huellas dactilares de los solicitantes de asilo a fin de llevar

[5] Vid. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015).

[6] Vid. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (aplicable desde el 21 de diciembre de 2013).

[7] El plazo máximo para la trasposición de estas tres Directivas se fijó el 20 de julio de 2015.

[8] Vid. Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición) (aplicable desde el 1 de enero de 2014).

[9] Vid. Reglamento (UE) nº 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) nº 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) (aplicable desde el 20 de Julio de 2015).

> un registro exhaustivo de estas personas. Entre las novedades que se introducen en 2013, quizás la más relevante sea que si bien es cierto que anteriormente el único fin de esta toma de huellas era con fines de asilo, actualmente además la Europol y las policías de los Estados miembros podrán tener acceso a estas huellas en la medida en que sea necesario dentro del marco de investigaciones criminales, pero siempre de manera legal y controlada.

En relación con los episodios trágicos que se estaban viviendo cerca de las costas italianas, en octubre de 2013 el Gobierno italiano puso en marcha la operación de rescate *Mare Nostrum*, que tenía por objetivo rescatar a inmigrantes que intentaban llegar a suelo italiano. La operación *Mare Nostrum* ciertamente fue un éxito, ya que llegó a salvar la vida de unas 150.000 personas. En octubre de 2014, esta operación finalizó, dando lugar a las operaciones *Tritón y Poseidón*, financiadas por la Unión Europea. Estas operaciones, impulsadas desde la agencia europea FRONTEX (dedicada al control de las fronteras exteriores) tenían por objetivo fundamental "controlar las fronteras y evitar las llegadas" (La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2015 de CEAR), especialmente a las costas italianas y griegas.

La Comisión Europea, por su parte, el 13 de mayo de 2015 lanza la Agenda Europea de Migración, en la que pone de relieve las tragedias ocurridas en el Mediterráneo, y aboga, entre otras cosas, por "aprovechar el papel de la UE en el mundo y el amplio abanico de herramientas de que dispone para ir a las causas profundas del fenómeno migratorio." (Agenda Europea de Migración, 2015).

Básicamente, la Agenda Europea de Migración establece cuatro ejes para mejorar la gestión de la migración:

> 1) *Reducir los incentivos a la migración irregular*: Entiende la Comisión Europea que la cooperación con terceros países es fundamental para atajar este problema. Se trataría por tanto de que esta cooperación pueda poner fin a estas mafias que se aprovechan de la necesidad de los inmigrantes para lucrarse, cometiendo así actos delictivos. También se refiere a que uno de los incentivos de los inmigrantes a la hora de emprender su travesía, es que saben que el sistema de retorno de la Unión no es suficientemente eficaz. Por ello, la Unión Europea pretende asegurarse de que los terceros Estados cumplan con su obligación de readmitir a sus nacionales, residentes irregularmente en Europa.
>
> 2) *Gestión de las fronteras exteriores*: La Comisión Europea aboga por una gestión de las fronteras exteriores eficiente, teniendo en cuenta sobre todo lo acaecido en Italia y Grecia. En este sentido, entiende que la Unión Europea debe tener una estrategia para ayudar a los Estados miembros a crear fronteras exteriores "*sólidas y coherentes*." También se hace referencia al uso de las tecnologías y sistemas informáticos para favorecer la creación de fronteras inteligentes que servirían para "*aumentar la eficiencia de los puestos fronterizos*" o "*reforzar la lucha contra la inmigración irregular mediante la creación de un registro de todos los movimientos transfronterizos de nacionales de terceros países*."
>
> 3) *Una política común de asilo sólida*: En este eje, la Comisión Europea delimita muy claramente las medidas clave:

Hacer seguimiento y evaluar el funcionamiento del SECA;

Formular orientaciones para mejorar la aplicación de las normas europeas de asilo;

Exponer directrices para combatir los posibles abusos hacia el SECA;

Reforzar las disposiciones relativas a los llamados países de origen seguros (países en los que presuntamente el solicitante de asilo no correría peligro);

Tomar medidas destinadas a promover la identificación de migrantes y a tomar huellas dactilares de manera sistemática.

4) Establecer una nueva política de migración legal: En este punto, la Comisión Europea aclara por qué es tan importante la inmigración legal en el territorio de la Unión Europea. Afirma la Comisión Europea que, sin la inmigración, la población en edad de trabajar en la Unión Europea disminuiría 17,5 millones de personas a lo largo de los próximos diez años. De este modo, la inmigración legal supone un elemento clave para mantener el sistema de prestaciones sociales. Por este motivo, se pretende proyectar una imagen atractiva de Europa de cara a los inmigrantes que puedan desarrollar en nuestro territorio una labor que necesite una alta cualificación. Lo que busca la Comisión Europea, en definitiva, es la llegada de inmigrantes con una formación sólida para desempeñar puestos de trabajo de alta responsabilidad.

Finalmente, la Agenda Europea de Migración da una serie de pinceladas sobre acciones que se deberán afrontar a largo plazo, entre las que se encuentra la conclusión del SECA. Afirma la Comisión Europea que abrirá un debate sobre qué derroteros debe tomar el SECA en el futuro, concretando asuntos como un código común de asilo, el reconocimiento mutuo de las decisiones en este ámbito entre Estados miembros o el establecimiento de un procedimiento uniforme en toda la Unión para tramitar solicitudes de asilo.

En la línea de la Agenda Europea de Migración, el Consejo Europeo reunido los días 25 y 26 de junio de 2015 estudió el tema de la migración como punto a tratar. Siguiendo a Cano Linares, M.A. (2016), el Consejo Europeo proyectó tres líneas de actuación (p. 14 y siguientes):

- Trabajar en una mejor reubicación (distribución entre los Estados miembros de personas que necesitan protección internacional) y reasentamiento (traslado de personas desplazadas necesitadas de protección internacional de un tercer Estado a un Estado miembro) de las personas necesitadas de protección internacional;
- Trabajar en una política de retorno eficaz, para que los inmigrantes irregulares fueran devueltos a sus países de manera rápida y segura;
- Trabajar en la cooperación con los países de origen y tránsito, especialmente con los países de África y con Turquía para intentar acabar con las mafias que incitan a los inmigrantes irregulares a viajar hasta suelo europeo.

Por su parte, el Consejo Europeo de 15 de octubre de 2015, resulta también interesante porque en él se hace referencia a la cooperación con terceros Estados para frenar la inmigración irregular, especialmente Turquía y el Plan de Acción Conjunto que la UE mantiene con este Estado. Este Plan de Acción Conjunto, que venía siendo negociado con anterioridad[10], se activaría a raíz del a cumbre UE – Turquía celebrada el 29 de noviembre de 2015. El Plan de Acción Conjunto tenía como objetivos principalmente dos: cooperar para dar apoyo a los refugiados sirios bajo protección temporal y reforzar la cooperación para prevenir los flujos de inmigración irregular que llegan a la UE. Como contrapartida a los esfuerzos por parte de Turquía, la UE prometió entregar unos 3.000 millones de euros a dicho país, acelerar el proceso de exención de visados para ciudadanos turcos e impulsar el proceso de adhesión de Turquía a la UE.

3. Análisis del pacto de 18 de marzo de 2016 entre la UE y Turquía

3.1 Naturaleza jurídica del acuerdo

Antes de entrar a analizar el contenido del acuerdo y su compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE, hemos de detenernos en un tema preliminar que ha generado un intenso debate, que no es otro que el de la naturaleza jurídica del acuerdo.

La disyuntiva estriba en determinar si es un verdadero Tratado Internacional o en su lugar se trata de un acto político no vinculante jurídicamente (López Garrido, 2016). Con base en estas dos posibilidades, si se tratase de un Tratado Internacional, el procedimiento a seguir debería haber sido el previsto en los arts. 216 y siguientes del TFUE (Molina del Pozo, 2011). Por otra parte, en caso de tratarse de un acto político, el pacto o acuerdo no sería vinculante a efectos jurídicos. El nombre que le han dado las autoridades europeas es el de "Declaración" en el Comunicado de prensa 144/16 de 18 de marzo de 2016.

Para ver si se trata de un Tratado Internacional hemos de analizar simplemente si se han seguido los pasos marcados por el TFUE a estos efectos. El art. 218 del TFUE es el que regula el procedimiento por el cual han de celebrarse Tratados Internacionales entre la UE y terceros Estados. En primer lugar, el Consejo de la Unión Europea debe autorizar las negociaciones, aprobar las directrices de negociación y finalmente celebrar el acuerdo. En este orden de cosas, el Consejo deberá adoptar una decisión mediante la cual se autorice la firma del acuerdo y su aplicación provisional o no antes de su entrada en vigor. Además, antes de que el Consejo decida la celebración del Acuerdo o Tratado Internacional, debe pedir opinión al Parlamento Europeo en una serie de supuestos, entre los que se encuentran, aquellos acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias importantes para la UE. Recordemos en este sentido que la UE en el pacto con Turquía previó la entrega de 3.000 millones de €. También prevé el art. 218 apartado 11 una salvaguarda para evitar la entrada en vigor de Acuerdos o Tratados Internacionales que no sean compatibles con los Tratados de la UE (TUE y

[10] El 15 de octubre de 2015 la Comisión Europea consiguió un acuerdo con Turquía para gestionar el flujo de inmigrantes hacia Europa.

TFUE). En este sentido, cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrían solicitar al Tribunal de Justicia de la UE si esta compatibilidad, efectivamente existe o no (Esmail Oureh, A., 2016).

Pues bien, una vez conocemos el procedimiento a seguir para la adopción de Tratados o Acuerdos Internacionales, comprobamos que en el caso del pacto con Turquía el procedimiento seguido no ha sido este. En el texto del pacto se habla del Consejo Europeo, no del Consejo de la Unión Europea, como auspiciador del acuerdo con Turquía. Concretamente, comienza diciendo "Hoy los miembros del Consejo Europeo se reunieron con su parte homóloga turca." En el resto del texto se sigue haciendo referencia al Consejo Europeo y a la Unión Europea. Por lo tanto, visto esto, hemos de afirmar sin temor a equivocarnos que el pacto con Turquía no podría ser un Acuerdo Internacional jurídicamente vinculante porque no se ha seguido el procedimiento establecido por el TFUE. Sin embargo, de la propia naturaleza del acuerdo y de la práctica llevada a cabo, se infiere fácilmente la vocación de aplicabilidad jurídica obligatoria que tiene, ya que comenzó a ser aplicado por ambas partes como si de una disposición *ius cogens* se tratase[11].

En esta línea, el pasado 28 de febrero de 2017, el Tribunal General de la UE en su comunicado de prensa 19/17 haciendo referencia a los Autos en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, NG y NM / Consejo Europeo, sobre tres recursos de anulación que interpusieron tres solicitantes de asilo contra dicho acuerdo, se declara no competente para resolver tales recursos contra la Declaración UE – Turquía.

Nos resultan ciertamente extrañas las razones que da el Tribunal General para declararse no competente. De este modo, los tres recurrentes consideraban efectivamente, al acuerdo con Turquía, un verdadero Tratado Internacional con efectos jurídicos y con base en ello interpusieron los recursos alegando que no se había seguido el procedimiento previsto en el TFUE para la celebración de Acuerdos Internacionales con terceros Estados. Pues bien, el primer argumento que da el Tribunal General consiste en decir que

> existen imprecisiones en la identificación de los autores de la "Declaración UE – Turquía" en el comunicado de prensa de 18 de marzo de 2016 puesto que dicho comunicado indica, por una parte, que fue la UE y no sus Estados miembros, quién decidió determinadas líneas de actuación adicionales mencionadas en la misma y, por otra parte, que fueron los "miembros del Consejo Europeo" quienes se encontraron con su homólogo turco en reunión de 18 de marzo de 2016 que dio lugar a dicho comunicado de prensa.

[11] Esta disfunción, como decimos, ha traído bastante confusión. Así, el 22 de marzo de 2016, la eurodiputada Birgit Sippel en nombre del Grupo Socialista en el Parlamento Europeo hizo una pregunta escrita al Consejo en la que preguntaba:
Si el Consejo considera que el acuerdo UE – Turquía es un Acuerdo Internacional vinculante jurídicamente bajo el Derecho Internacional y el Derecho de la UE;
En caso afirmativo, por qué el acuerdo no fue negociado de acuerdo con el art. 218 del TFUE;
Si se ha informado a Turquía de la naturaleza no vinculante del acuerdo en caso de que algunos puntos no sean implementados como se espera.

A nuestro juicio, resulta un fundamento débil, podríamos decir incluso peregrino, por parte del Tribunal General, decir que existen imprecisiones sobre la autoría del acuerdo. Dada la situación actual de crisis migratoria que vive Europa, y como establece el propio comunicado de prensa, siempre se hace alusión al Consejo Europeo y a la Unión Europea. No cabe pues, pensar, en modo alguno que el acuerdo adolece de algún tipo de imprecisión en cuanto a la autoría del mismo, en la medida en que el problema migratorio afecta a toda la Unión Europea, no a un Estado u otro.

Continúa el razonamiento del Tribunal General, alegando que ninguna institución de la Unión Europea ha adoptado la decisión de celebrar el acuerdo con el Gobierno turco, y por lo tanto, al no existir un acto por parte de una institución, el Tribunal General no tiene competencia para conocer de los recursos presentados.

Prosigue además diciendo, que en caso de que realmente exista un Acuerdo Internacional, "*dicho acuerdo habría sido alcanzado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro turco*." Y nosotros nos preguntamos, ¿qué es el Consejo Europeo más que la reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la UE junto con el Presidente de la Comisión Europea?

No podemos, por lo tanto, entender ni compartir el razonamiento jurídico y la posición del Tribunal General.

Finalmente, en este punto diremos que el acuerdo con Turquía constituye a nuestro juicio, un verdadero Acuerdo Internacional, dado que es jurídicamente vinculante en la práctica, y en el que no se ha seguido el procedimiento estipulado por el Derecho de la Unión, sino que se ha utilizado una vía no prevista en las normas, infringiendo así, lo dispuesto por el art. 218 TFUE. Además de ello, consideramos que el Tribunal General debería haber entrado a conocer los recursos de estos tres solicitantes de asilo en la medida en que, efectivamente, se trata de un acto llevado a cabo por una institución europea, el Consejo Europeo. No cabe pensar en modo alguno que el acuerdo fue celebrado de manera individual por cada uno de los Estados miembros, y que por lo tanto se trata de un Tratado Internacional entre los Estados miembros y Turquía, y no un Acuerdo entre la UE y Turquía.

3.2 Compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE

Una vez analizada la naturaleza jurídica del acuerdo, como ya sabemos, el 18 de marzo de 2016 en el marco del Plan de Acción Conjunto activado desde el 29 de noviembre de 2015, la Unión Europea y Turquía pactaron "acabar con la inmigración irregular que va desde Turquía hasta la UE". Para conseguir este objetivo, establecieron nueve puntos de actuación que se dieron a conocer a través del Comunicado de prensa 144/16:

1) Todos los inmigrantes irregulares que se desplacen desde Turquía hasta Grecia a partir del 20 de marzo de 2016 serán devueltos a Turquía. Según la Unión Europea, esta medida se llevará a cabo de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho de la UE, lo que excluiría cualquier tipo de expulsión colectiva. Igualmente sostiene la

UE, que se respetará el principio de no devolución, contenido en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

a. Se cataloga a esta medida como "*temporal y extraordinaria*" para acabar con el "*sufrimiento humano y restaurar el orden público*." Prosigue en este punto la Unión Europea, afirmando que los inmigrantes que lleguen a Grecia serán debidamente registrados y que en el caso de que alguno solicite protección internacional, esta solicitud será procesada de manera individual por las autoridades griegas de acuerdo con la normativa europea, y en cooperación con el ACNUR. Por otro lado, aquellos inmigrantes que no soliciten protección internacional, o cuya solicitud haya sido infundada o inadmisible serán devueltos a Turquía.

2) Por cada ciudadano sirio devuelto a Turquía desde Grecia, otro ciudadano sirio será reasentado desde Turquía hacia la UE, teniendo en cuenta los criterios de vulnerabilidad de las Naciones Unidas. A la hora de llevar a cabo este mecanismo, se dará prioridad a los inmigrantes que no hayan entrado previamente en la UE de manera irregular o que no lo hayan intentado.

3) Turquía tomará cualquier medida necesaria para prevenir nuevas rutas de inmigración ilegal ya sea por mar o tierra, y cooperará con sus países vecinos y con la UE a estos efectos.

4) Una vez que la inmigración irregular de Turquía hacia la UE haya finalizado o se haya reducido sustancialmente, se activará un régimen voluntario de admisión humanitaria.

5) El cumplimiento de la hoja de ruta para la liberalización de visados para ciudadanos turcos se acelerará con vistas a que dicha liberalización esté implementada a finales de junio de 2016.

6) La UE acelerará el desembolso de los 3.000 millones de euros para Turquía, y financiará nuevos proyectos para personas que estén bajo algún tipo de protección temporal.

7) Ambas partes dieron el visto bueno sobre la mejora de la unión aduanera entre la UE y Turquía.

8) La UE y Turquía reafirmaron su compromiso para revitalizar el proceso de adhesión de Turquía a la UE.

9) La Unión Europea y sus Estados miembros trabajarán con Turquía en cualquier esfuerzo destinado a mejorar las condiciones humanitarias dentro de Siria, en particular, en ciertas áreas cercanas a la frontera turca.

A la luz de lo mencionado en los puntos precedentes, sobre todo en los puntos 1 y 2, podría afirmarse que este acuerdo resulta en cierto modo confuso en la medida en que prevalece la palabra "*migrantes*" en detrimento de "*refugiados*" (Naïr, 2016, p.98). Por una parte, como hemos visto, en el punto 1 se establece que cuando la solicitud de un solicitante de asilo es infundada o inadmisible, éste será devuelto a Turquía. Pero, ¿cuándo una solicitud debe ser declarada infundada o inadmisible?

La Comisión Europea, en un documento de 19 de marzo de 2016 en el que responde una serie de preguntas sobre el funcionamiento del acuerdo de 18 de marzo de ese mismo año, establece la base legal en la que se apoyará el acuerdo para enviar a Turquía a solicitantes de asilo desde Grecia. De este modo, dice que existen dos fundamentos legales para declarar una solicitud de asilo inadmisible en relación con Turquía:

- El art. 35 de la Directiva de procedimiento, mediante el cual un país podrá ser considerado primer país de asilo de un solicitante, si el solicitante ha sido reconocido como refugiado en dicho país y puede aún acogerse a dicha protección; o bien si este goza de protección suficiente en dicho país y dicho país aplica el principio de no devolución.
- El art. 38 de la Directiva de procedimiento, mediante el cual el solicitante de asilo no ha solicitado previamente protección internacional en un tercer Estado seguro (Turquía), pero ese tercer Estado puede garantizarle un acceso efectivo a la protección internacional[12].

En este sentido, habría que añadir a nuestro entender, un tercer fundamento legal digno de estudio para el caso que nos ocupa, aunque el Acuerdo de 18 de marzo de 2016 se apoye solo en los dos preceptos anteriores:

> El art. 39 de la Directiva de procedimiento, que regula el concepto de tercer país seguro europeo, y mediante el cual los Estados miembros pueden no realizar un examen de una solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares cuando una autoridad competente haya comprobado que el solicitante ha entrado irregularmente en su territorio, procediendo de un tercer Estado seguro europeo.

Pues bien, con base en estos tres artículos, un solicitante de asilo podría ser devuelto a Turquía.

El punto 2 arriba mencionado es el que, a nuestro juicio, más confusión genera. Recordemos que lo pactado supone que por cada ciudadano sirio devuelto a Turquía, otro ciudadano sirio será reasentado desde Turquía hacia la UE. En este sentido, cabe preguntarnos ¿es que dentro de lo que es el flujo migratorio procedente de Siria puede haber inmigrantes irregulares y personas refugiadas? ¿es que acaso no huyen todos los sirios de la misma guerra? El punto 2 solamente es entendible si partimos de esa base, entendiendo por lo tanto que dentro de las personas de nacionalidad siria, existen inmigrantes irregulares, y por lo tanto, sin derecho a la protección internacional, y personas refugiadas, amparadas por la Convención de Ginebra de 1951 y por la normativa europea sobre asilo.

Otra posibilidad interpretativa sobre el punto 2 es que los ciudadanos sirios que son devueltos a Turquía, lo son, no porque no merezcan protección internacional, sino, como hemos visto, porque caen en el ámbito jurídico del art. 35 (primer país de asilo) o del art. 38 (tercer Estado seguro) de la Directiva de procedimientos. Pero, siendo esto así, es decir, considerando a Turquía realmente el primer país de asilo o un tercer país seguro, y tomando en cuenta la lógica del acuerdo, ¿qué sentido

[12] Vid. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional.

tendría reasentar a un ciudadano sirio en la UE desde Turquía si en dicho país puede estar a salvo o solicitar protección internacional?

Por su parte, el ACNUR en su posición sobre el acuerdo UE – Turquía que data de 18 de marzo de 2016, se muestra cauteloso y afirma en primer lugar "el caos que ha prevalecido durante 2015 y hasta ahora, en lo que llevamos de 2016, no responde ni a los intereses de las personas que huyen de la guerra y necesitan seguridad, ni a los de la propia Europa." Prosigue el ACNUR remarcando las condiciones en que deberá ser aplicado el acuerdo para salvaguardar las garantías legales en materia de asilo. Además, entiende que el modo de poner en marcha el acuerdo, será determinante a la hora de respetar la normativa internacional y europea sobre el asilo:

> La forma en que este plan sea puesto en marcha será, por tanto, crucial. En última instancia, la respuesta debe centrarse en abordar las necesidades apremiantes de las personas que huyen de la guerra y la persecución. Los refugiados necesitan protección, no rechazo.

Las primeras reacciones en nuestro país en torno al acuerdo de 18 de marzo de 2016 llegaron pronto. Así, el 1 de agosto de 2016, el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española hacía público un comunicado en el que pedía a la Unión Europea que revocara el acuerdo de 18 de marzo con Turquía, teniendo en cuenta no solo la naturaleza del acuerdo, sino también la situación excepcional en la que se encontraba el país tras el intento de golpe de Estado contra el Presidente Erdogan. Aduce el comunicado que la Unión Europea se escuda en la calificación de Turquía como tercer país seguro, cuando a todas luces no parece tener tal seguridad. Dice el comunicado: "*En este contexto, el cumplimiento por parte de Turquía de sus obligaciones legales en materia de refugiados no puede darse por hecho y enviar refugiados a Turquía desde Grecia sólo puede considerarse una temeridad para la libertad, la integridad y la vida de los refugiados*."

En esta línea, CEAR ha sido una de las organizaciones más persistentes a la hora de denunciar la presunta ilegalidad del acuerdo en cuestión. De este modo, en abril de 2016 se presentó una denuncia ante la Comisión Europea en la que se alegaba la vulneración de la normativa europea y de los Tratados Internacionales suscritos por Estados miembros de la UE.

En este mismo orden de cosas, el 29 de noviembre de 2016 se presentó un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el que se cuestiona la legalidad del acuerdo[13].

Con vistas en la denuncia presentada ante la Comisión Europea por CEAR y el recurso de anulación presentado ante el TJUE, anteriormente mencionados, analizaremos las disposiciones jurídicas presuntamente vulneradas por el acuerdo en el Derecho Internacional y en el propio Derecho de la UE:

a) Los arts. 35, 38 y 39 de la Directiva de procedimientos y el principio de no devolución del art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951

[13] Este recurso está apoyado por D. Carlos Jiménez Villarejo, la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, la Fundación Congreso Catalán por la Salud Mental, la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, la organización Stop Mare Mortum, el Comité Catalán de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, la organización Proactiva Open Arms y la organización Federalistes d'Esquerres.

Las devoluciones desde Grecia a Turquía solo podrían entenderse como no violadoras del principio de no devolución previsto en la Convención de Ginebra de 1951, partiendo de una de estas tres bases:

> Considerando a Turquía como primer país de asilo (art. 35 Directiva de procedimientos) al entender que:
>
> Un solicitante de asilo ya ha sido reconocido como refugiado en dicho país y aún puede acogerse a dicha protección; o bien
>
> Un solicitante de protección internacional goza de protección suficiente en dicho país, y este país se acoge al principio de no devolución;
>
> Considerando a Turquía como tercer país seguro (art. 38 Directiva de procedimientos)
>
> Considerando a Turquía como tercer país seguro europeo (art. 39 Directiva de procedimientos).

De otro modo, se estaría violando sistemáticamente el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951[14](sobre este principio de no devolución se asienta toda la normativa europea de asilo). Esta calificación de Turquía como primer país de asilo, tercer país seguro o tercer país seguro europeo es la piedra angular sobre la que se basan los argumentos de la UE en relación con el acuerdo para justificar la devolución de refugiados y su adecuación a la legalidad internacional y europea.

En lo que se refiere a la primera consideración, esto es, que el solicitante de asilo ya haya sido reconocido como refugiado o que goce de protección suficiente en dicho país y que dicho Estado aplique el principio de no devolución de la Convención de 1951, hemos de remitirnos a lo dispuesto por el Consejo de Europa en su informe de 19 de abril de 2016 sobre la situación de inmigrantes y refugiados (The situation of refugees and migrants under the EU- Turkey Agreement of 18 March 2016).

En primer lugar, se ha de saber que en lo que respecta a la Convención de Ginebra de 1951, Turquía dispone de una restricción geográfica, de tal suerte que solamente está obligada a examinar una solicitud de asilo si la persona solicitante proviene de Europa, quedando por lo tanto las personas sirias excluidas. Este hecho impide que una solicitud de asilo de una persona no proveniente de Europa (un sirio) en Turquía prospere, en la medida en que Turquía contiene esta limitación geográfica. De este modo, el art. 35 de la Directiva de procedimientos en su primera vertiente nunca podrá ser aplicado ya que no se va a dar el caso de que una persona siria ostente de antemano el estatuto de refugiado otorgado por Turquía[15].

---

[14] Recordemos que dicho artículo establece: " 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país."

[15] El ACNUR establece en su documento sobre Estados Parte de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967: "El Artículo 1 B(1) de la Convención de 1951 dice: "Para los fines de esta Convención, la frase 'los hechos ocurridos antes del 1º de enero de 1951' en el Artículo 1, Sección A, se debe entender (a) 'los hechos ocurridos en Europa antes del 1º de enero de 1951'; o bien, (b) 'los hechos ocurridos en Europa o en otra parte antes del 1º de enero de 1951', y cada Estado Contratante deberá hacer una declaración al momento de la firma, ratificación o consentimiento, especificando cuales de estos significados se aplica para los propósitos de sus obligaciones dentro de la

La segunda vertiente del art. 35 de la Directiva de procedimientos es que aunque no haya sido reconocido como refugiado, disponga de protección suficiente y el país (Turquía) se haya comprometido con el principio de no devolución. En este punto, cabría preguntarse qué se ha de entender por "protección suficiente". Como bien señala el Consejo de Europa, este concepto no está definido en la Directiva de procedimientos. Para tener una idea de que hemos de entender por protección suficiente, el ACNUR establece que no debe haber riesgo de persecución ni de devolución, se deben cumplir ciertas normas internacionales sobre el nivel de vida digno, el respeto a los derechos laborales, el acceso a la sanidad y a la educación de los niños, entre otros. Sin embargo, como veremos posteriormente, distintas organizaciones como Human Rights Watch o Amnistía Internacional han documentado las precarias condiciones en las que se encuentran los refugiados sirios en Turquía, a pesar de algunos intentos por cambiar la situación, por no hablar de las devoluciones a Siria, infringiendo así el principio de no devolución.

A la luz de lo anteriormente expuesto, no parece ajustado a Derecho que la UE devuelva a Turquía a solicitantes de asilo sirios basándose en el art. 35 de la Directiva de procedimientos, alegando que Turquía es el primer país de asilo.

Ahora, siguiendo a López Garrido, D. (2016), hemos de fijar nuestra atención en los otros dos preceptos de la Directiva de procedimientos: el art. 38 y el art. 39.

El art. 38 por su parte delimita el concepto de tercer país seguro. En este sentido, establece que los Estados miembros solo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando se tenga la certeza de que el solicitante de asilo recibirá un trato con base en estas directrices:

> Que su vida o su libertad no se vean amenazadas por motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política;
>
> Que no haya riesgo de daños graves según lo contemplado en la Directiva 2011/95/UE;
>
> Que ese tercer país respete el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951;
>
> Que se respete la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho Internacional;
>
> Que exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado en dicho país, y en su caso, recibir la protección de acuerdo a la Convención de Ginebra de 1951.

Para desmontar el argumento consistente en que Turquía podría ser considerado tercer país seguro conforme a lo dispuesto en el art. 38 de la Directiva de procedimientos, López Garrido, D. (2016), y la organización CEAR en su denuncia ante la Comisión Europea, se remiten a las investigaciones de diversas organizaciones ve-

Convención". Los siguientes Estados adoptaron la alternativa (a), "limitación geográfica": Congo, Madagascar, Mónaco y Turquía. Turquía mantuvo expresamente su declaración de limitación geográfica adhiriendo al Protocolo de 1967."

ladoras por el cumplimiento de los Derechos Humanos como Human Rights Watch y Amnistía Internacional, que han documentado la práctica agresiva de las autoridades turcas hacia las personas sirias que vienen buscando protección internacional.

De este modo, el 1 de abril de 2016, Amnistía Internacional publicaba en su página web que el principio de no devolución se estaba vulnerando de manera sistémica por las autoridades turcas, en la medida en que devolvían a personas sirias a su país, poniendo así en serio riesgo sus vidas y libertades:

> Las nuevas investigaciones llevadas a cabo por la organización en las provincias de la frontera sur de Turquía sugieren que las autoridades turcas han estado deteniendo y expulsando a Siria a grupos de alrededor de un centenar de hombres, mujeres, niños y niñas sirios casi a diario desde mediados de enero. La semana pasada, a lo largo de tres días, el equipo de investigación de Amnistía Internacional recopiló múltiples testimonios de devoluciones en gran escala desde la provincia de Hatay, que confirman una práctica que constituye un secreto a voces en la región.

En fechas más recientes, el 14 de febrero de 2017, Amnistía Internacional en su informe "*A blueprint for despair: Human Rights impact of the EU-Turkey deal*" seguía afirmando que el principio de no devolución se está vulnerando en Turquía: " Las investigaciones de Amnistía Internacional en Turquía realizadas en 2015 y 2016 muestran que los solicitantes de asilo y refugiados están en riesgo de ser devueltos a países como Siria, Irak y Afganistán."

Por su parte, Human Rights Watch, el 23 de noviembre de 2016 publicaba un riguroso informe titulado "*Las políticas de la UE ponen a los refugiados en riesgo*". En dicho informe se critica la presunta condición de Turquía como tercer país seguro:

> Los sirios se benefician de un régimen de protección temporal, pero se enfrentan a muchos obstáculos para el registro, la educación, el empleo y la atención de la salud. Una decisión de enero de 2016 de las autoridades turcas de permitir a algunos sirios con estatus de protección temporal solicitar permisos de trabajo ha tenido un impacto extremadamente limitado en la práctica, con sólo unos pocos miles de permisos concedidos. Los iraquíes y los afganos, y de hecho todos los demás no europeos, tienen pocas posibilidades de gozar de una protección efectiva en los términos del derecho internacional de los refugiados. Y aunque Turquía ha sido generosa en albergar a más de 2,5 millones de refugiados sirios, desde marzo de 2015 prácticamente cerró sus fronteras con Siria y ha empujado hacia atrás violentamente a mujeres, hombres y niños que venían huyendo de la violencia en ese país. (EU Policies put refugees at risk, 2016).

Además, cabe recordar una vez más, como hemos visto antes, que al disponer Turquía de una limitación geográfica a la hora de aplicar la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, las personas sirias jamás podrán obtener el estatuto de refugiado en dicho país.

Para hacer una evaluación con carácter más o menos general sobre hasta qué punto es Turquía un país seguro, en la medida en que respeta los Derechos Humanos con carácter, como decimos, general, es interesante acudir a las estadísticas proporcionadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre países más

incumplidores del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este sentido, para el año 2016 el primer país con más casos ante el Tribunal de Estrasburgo fue la Federación Rusa, con 228 casos en total, de los cuales 222 acabaron con una sentencia condenatoria contra Rusia. El segundo país más incumplidor del CEDH según datos del TEDH fue Turquía, con 88 casos ante el TEDH, siendo condenada en 77 ocasiones. Este dato meramente estadístico nos da una idea sobre la seguridad de Turquía en términos generales.

Viendo por lo tanto las investigaciones documentadas de Human Rights Watch, la limitación geográfica de Turquía sobre la Convención de 1951 de Ginebra y los datos estadísticos del Tribunal de Estrasburgo, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que Turquía no puede ser considerado un tercer país seguro conforme a lo dispuesto en el art. 38 de la Directiva de procedimientos.

Llegados a este punto, hemos de detener nuestra atención en otro aspecto del art. 38 de la Directiva de procedimientos que podría no ser respetado por el acuerdo UE - Turquía. Como acabamos de ver, este art. 38 dispone cuándo ha de considerarse un tercer país como seguro, pero, además, prevé que "*la aplicación del concepto de tercer país seguro estará sujeta a las disposiciones previstas en el Derecho nacional*[16]*, entre ellas:*

a) Normas que requieran una relación entre el solicitante y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a ese país;

b) Normas sobre el método por el que las autoridades competentes tienen la certeza de que se pueda aplicar el concepto de tercer país seguro a un país o a un solicitante concretos. Dicho método incluirá el estudio para cada caso concreto sobre la seguridad del país para cada solicitante concreto y/o la relación nacional de los países considerados generalmente como seguros;

c) Normas, con arreglo al Derecho Internacional, que permitan realizar un estudio individual de que el país de que se trate es seguro para cada solicitante concreto que, como mínimo, permita que el solicitante impugne la aplicación del concepto de tercer país seguro alegando que el tercer país no es seguro en sus circunstancias particulares. Se permitirá asimismo al solicitante impugnar la existencia de una relación entre él mismo y el tercer país de conformidad con la letra a)."

En este sentido, vemos que en caso de llegarse a aplicar el concepto de tercer país seguro del art. 38, debería hacerse con base en un estudio previo de cada caso concreto, valorando si de acuerdo a las circunstancias personales del solicitante de asilo, el tercer país es realmente seguro para él o ella. Además, no solo eso, sino que el solicitante de asilo podría ejercer su derecho de impugnar la aplicación del concepto de tercer país seguro alegando que bajo sus circunstancias personales no puede calificarse como tal dicho país. Pues bien, estas garantías a la hora de aplicar este concepto de tercer país seguro, se verían difícilmente salvaguardadas, si nos atenemos a

[16] En este caso Derecho nacional de Grecia.

la vocación de inmediatez en la respuesta a la crisis migratoria que se infiere del acuerdo UE – Turquía de 18 de marzo de 2016 (López Garrido, D., 2016).

CEAR, en su denuncia ante la Comisión Europea, se expresa así: "La aplicación de procedimientos acelerados implica la reducción de los plazos para analizar debidamente las circunstancias individuales e identificar situaciones de especial vulnerabilidad" y en su informe dirigido al Comisario Europeo de Derechos Humanos: "los solicitantes de asilo en Grecia serán objeto de un procedimiento acelerado, en virtud del cual no procede examinar el fondo de la solicitud. Este procedimiento permite declarar inadmisible una solicitud de asilo cuando se considera que un tercer país efectuaría dicho examen o brindaría una protección suficiente, según el principio del "primer país de asilo" o de "tercer país seguro" recogido en los arts. 35 y 38 de la Directiva de procedimientos."

A renglón seguido hemos de traer a colación la posibilidad de catalogar a Turquía como "tercer país seguro europeo" con base en el art. 39 de la Directiva de procedimientos. El acuerdo de 18 de marzo de 2016 con Turquía no lo contempla como una herramienta legal para salvaguardar el principio de no devolución, pero en la medida en que Turquía forma parte del Consejo de Europa, entendemos apropiado detenernos en este punto siquiera de manera sucinta. Según lo dispuesto en este precepto,

> los Estados miembros podrán establecer que no se realice, o no se realice completamente, un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares […] cuando una autoridad competente haya comprobado, basándose en los hechos, que el solicitante está intentando entrar o ha entrado ilegalmente en su territorio procedente de un tercer país seguro con arreglo al apartado 2.

Este apartado 2 dice que un país podrá ser considerado tercer país seguro europeo con base en tres requisitos:

- Ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones;
- Cuenta con un procedimiento de asilo previsto en la Ley nacional;
- Ha ratificado el CEDH y cumple sus disposiciones, incluidas las normas relativas al recurso efectivo.

Pues bien, como ya hemos analizado antes, Turquía dispone de restricciones geográficas a la hora de aplicar la Convención de Ginebra, motivo que por sí solo sería suficiente para descartar tal posibilidad. Además, aunque ha ratificado el CEDH (en 1954), hemos comprobado que es el 2º país más incumplidor del CEDH solo por detrás de Rusia.

b) El art. 3 del CEDH y el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH

Por una parte, de sobra es conocida ya la interpretación que desde hace mucho tiempo ha venido haciendo el TEDH en relación con el art. 3 del CEDH:

"*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*."

Este artículo ha venido siendo interpretado en relación con las expulsiones de solicitantes de asilo como una vulneración del mismo. Ello es así, en la medida en que el texto del CEDH no contempla el derecho de asilo como tal. Sin embargo, con esta

correcta interpretación se ha prohibido en el marco del Consejo de Europa la devolución de solicitantes de asilo a territorios donde su vida o libertad pudieran correr peligro. Es así como se ha salvaguardado el principio de no devolución en un texto jurídico que no hace referencia a dicho principio de manera expresa.

Es patente, por lo tanto, que si conforme a lo dispuesto anteriormente hemos entendido vulnerado el principio de no devolución contemplado en el art. 33 de la Convención de Ginebra en la medida en que no puede calificarse a Turquía como un tercer país seguro, hemos también de afirmar, lógicamente, que el acuerdo entre la UE y Turquía vulneraría el art. 3 del CEDH.

En este mismo orden de ideas, el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH dispone: "Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros."

Esta disposición se ha de poner en relación con lo que hemos mencionado anteriormente sobre la necesidad de analizar de manera individual, caso por caso, si se puede aplicar el concepto de tercer país seguro en función de las circunstancias personales de cada solicitante. Queda claro que cualquier actuación que socave las garantías procedimentales de ese examen para comprobar si realmente se puede aplicar el concepto de tercer país seguro, y su eventual impugnación por parte del solicitante, supondría, una vulneración del art. 4 del Protocolo 4 del CEDH, toda vez que el acuerdo entre la UE y Turquía tiene una aplicación general para todos los solicitantes de asilo sirios. López Garrido, D. (2016) afirma que estas garantías procedimentales deben ser aseguradas, en este caso, por parte de Grecia (como establece el art. 38 de la Directiva de procedimientos). Sin embargo, la protección de estas garantías "*no se corresponde con la obsesión de la UE de que las devoluciones a Turquía se efectúen con rapidez y sin demora*."

Hemos de traer a colación el hecho de que la Unión Europea está en trámites de adherirse al CEDH (si es que finalmente se adhiere), y cuando llegue ese momento, podría ser demandada ante el Tribunal de Estrasburgo por incumplimiento de alguno de los preceptos contemplados en dicho texto legal (Martín y Pérez de Nanclares, J., 2012).

c) Los arts. 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

En primer lugar, hemos de recordar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene el mismo valor jurídico que los Tratados[17]. Esto es, forma parte de manera completa del Derecho originario de la Unión, de tal suerte que reviste una protección especial. Pues bien, el art. 18 de la Carta establece el derecho de asilo como un derecho fundamental contemplado en el Derecho de la Unión Europea:

> "Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea."

[17] Vid. art.6 del Tratado de la Unión Europea: "*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*."

Por su parte, el art. 19 de la Carta, al igual que el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros:

> "Se prohíben las expulsiones colectivas.
>
> Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes."

El apartado 2 del art. 19 viene a consagrar el principio de no devolución de la Convención de Ginebra de 1951, incorporando dicho principio en el propio Derecho originario de la UE.

A la luz de lo que hemos visto, parece claro que estos dos preceptos tampoco estarían siendo respetados por la UE a la hora de aplicar el acuerdo con Turquía.

d) Los arts. 12 y 13 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y los arts. 17, 19, 23.2. 24.1 y 25.1 de la Directiva 2013/33/UE sobre condiciones de acogida del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013

CEAR, en su denuncia ante la Comisión Europea, además de poner el foco en los refugiados, también evalúa la respuesta que el acuerdo con Turquía da a los inmigrantes irregulares. Ciertamente, aunque lo más preocupante del acuerdo sea la situación de las personas refugiados, no hemos de dejar de lado el trato dado a los inmigrantes irregulares que, conforme a Derecho, caerían bajo el ámbito de la inmigración irregular y no bajo el concepto de refugiados o personas merecedoras de protección internacional. Se trata de personas que salen de su país en busca de un futuro mejor, de unas condiciones económicas mejores, pero que no sufren persecución ni corre peligro su vida o libertad en su país de origen.

Pues bien, por una parte hemos de recordar que el acuerdo con Turquía, en relación con la inmigración irregular, se expresa como sigue: "*Todo inmigrante irregular que llegue a Grecia desde Turquía será inmediatamente devuelto a Turquía*."

Como ya hemos señalado antes, y como bien ha señalado López Garrido, D. (2016), la UE pretende que las devoluciones a Turquía se hagan con rapidez. En términos generales, en Derecho, existe un conflicto de intereses claro entre la rapidez de un proceso y la salvaguardia de ciertas garantías inherentes a dicho proceso.

La Directiva de retorno, contiene una serie de garantías a la hora de devolver a inmigrantes irregulares que chocan frontalmente con la pretensión de que dicha devolución se haga de un modo rápido o inmediato. Estas garantías son:

- Las decisiones de retorno, las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y contendrán fundamentos de hecho y de derecho. Igualmente contendrán información sobre las vías para recurrir dichas decisiones (art. 12.1 de la Directiva de retorno);
- La concesión al nacional del tercer Estado para que interponga un recurso contra la decisión de retorno (art. 13.1 de la Directiva de retorno);

- La posibilidad de que el nacional del tercer Estado tenga asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística (art. 13.3 de la Directiva de retorno);

Teniendo en cuenta la inmediatez con que la UE quiere devolver a estas personas a Turquía, no parece muy probable que en el caso de que un nacional de un tercer Estado quiera interponer un recurso contra la decisión de retorno, esta garantía procedimental se vaya a ver respetada.

En lo que se refiere a la Directiva de acogida, CEAR en su denuncia ante la Comisión Europea, contempla que el acuerdo con Turquía no hace referencia a una serie de artículos, que al igual que ocurre en la Directiva de retorno, ofrecen una serie de garantías y disposiciones favorables a una acogida adecuada de las personas solicitantes de protección internacional. Estos artículos son el art. 17, 19, 23, 24.1 y 25.1 de la Directiva de acogida.

En primer lugar, el art. 17 de la Directiva de acogida, manifiesta que las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional deberán respetar un nivel de vida adecuado que garantice la subsistencia y la protección de su salud. Por su parte, el art. 19 estipula que estas personas tendrán derecho a recibir atención sanitaria. El art. 23 regula cómo debe ser la acogida de los menores, un colectivo de especial vulnerabilidad. De este modo, en su apartado 1 dice que los Estados miembros velarán para que los menores tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral y social. Además, conforme al apartado 2 de dicho artículo, se deberá tener en cuenta, en relación con los menores, la posibilidad de reagrupación familiar, el bienestar y desarrollo social del menor, cuestiones de seguridad en aquellos casos en los que exista riesgo de trata de seres humanos, así como la opinión del menor en función de su madurez y edad. El apartado 3 vela para que el menor tenga acceso a actividades de ocio que son propias de los menores. El apartado 4, aboga por que los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, explotación, tortura, tratos crueles o inhumanos, o víctimas de conflictos armados, tengan acceso a servicios de rehabilitación y si les preste ayuda psicológica. Finalmente, el apartado 5 de dicho precepto 23 establece que estos menores se alojarán con sus padres, hermanos menores no casados, o con algún adulto responsable de ellos, siempre que se haga de acuerdo al interés superior del menor.

Para el caso de menores no acompañados, el art. 24.1 de la Directiva de acogida aclara que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de manera rápida, para que un representante asista al menor no acompañado. Finalmente, el art. 25.1 de la Directiva de acogida, en esta misma línea, establece que las personas que hayan padecido tortura, violación u otros actos graves de violencia reciban un tratamiento médico y psicológico adecuado.

Como sabemos, el acuerdo de la UE con Turquía establecía que en su aplicación se respetaría la normativa europea e internacional. Una vez más, con base en lo experimentado, ha quedado demostrado que no ha sido así. Estos artículos anteriormente mencionados establecen una serie de condiciones mínimas de acogida que por lo que se ha visto hasta ahora, no han sido respetadas. De este modo, el informe anual

de 2016/2017 de Amnistía Internacional sobre la situación de los Derechos Humanos en el mundo, afirma que en el caso de Grecia, "*Tras el anuncio del acuerdo migratorio UE - Turquía, Grecia atravesó importantes dificultades para proporcionar condiciones de recepción y acceso a procedimientos de asilo adecuados a las personas refugiadas, solicitantes de asilo y migrantes*." Además, se documentó que la mayoría de los campos de refugiados en Grecia no ofrecían unas condiciones mínimas dignas de acogida:

> La mayoría de los campos oficiales repartidos por Grecia continental no ofrecían condiciones de alojamiento adecuadas, ni siquiera para unos días. Los campos, que alojaban a unas 20.000 personas al término del año, estaban formados por tiendas de campaña o instalados en almacenes abandonados, y algunos se situaban en zonas remotas, alejadas de hospitales y otros servicios.

Además, dice el informe:

> Las condiciones de recepción de las personas refugiadas, solicitantes de asilo y migrantes atrapadas en las islas se caracterizaban por el hacinamiento y la insalubridad, la falta de seguridad suficiente y la incertidumbre respecto al futuro. Como consecuencia, crecieron las tensiones y hubo estallidos ocasionales de violencia, en especial disturbios en los "puntos críticos" de Lesbos, Quíos y Leros.

Respecto al trato recibido por los menores, se reporta una incidencia que da buena cuenta del clima de tensión que se vive en Grecia en torno a este problema migratorio. Recoge el informe de Amnistía Internacional que

> "El 27 de septiembre, en el centro de Atenas, la policía dio el alto a cinco niños sirios de entre 12 y 16 años que portaban armas de juguete para utilizarlas como atrezo en una obra de teatro que se dirigían a representar. Los niños afirmaron que habían sido golpeados y obligados a desnudarse durante su reclusión en la comisaría de policía de Omonia."

Estas situaciones vulneran gravemente la Directiva de acogida, ya que tales circunstancias no se adecuan de ningún modo al establecimiento de un nivel de vida adecuado y a la protección física y psíquica, tal y como establecen los artículos de la Directiva de acogida que hemos visto anteriormente.

4. La Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017: ¿el pacto UE – Turquía como patrón?

Siguiendo la línea de la Declaración UE – Turquía (a nuestro juicio, y como hemos visto, el Acuerdo Internacional UE – Turquía), el 3 de febrero de 2017 salió a la luz la llamada Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración. El eje fundamental de esta Declaración no es otro que el de "*abordar la ruta del Mediterráneo central*."

Esta Declaración bebe de la misma fuente que la Declaración UE – Turquía, y su objetivo primordial se centra en "*garantizar el control eficaz de las fronteras exteriores y contener los flujos ilegales hacia la UE*." La Declaración de Malta pone el foco sobre Libia y los países del norte de África y del África subsahariana. Al igual que la Declaración UE – Turquía, hace hincapié en acabar con el modelo de negocio de los traficantes.

También habla ya la Declaración de efectuar retornos desde la UE a Libia y otros países de África.

En función de lo que hemos visto con la Declaración UE – Turquía, no podemos acoger la Declaración de Malta más que con una fundamentada desconfianza. Del texto de la Declaración de Malta se deduce que el acuerdo con Turquía va a servir como patrón para contener el flujo de inmigrantes desde África (y presuntamente vulnerar de nuevo el Derecho Internacional y el propio Derecho de la UE). La situación además será presumiblemente más grave, dado que Turquía, al menos, pertenece al Consejo de Europa y podría responder ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que no sucedería, obviamente, en el caso libio. Veremos cómo se concreta finalmente lo dispuesto en la Declaración de Malta, pero en atención a los precedentes, las perspectivas no son nada halagüeñas.

5. Conclusiones

1.El pacto o la Declaración UE – Turquía es un verdadero Acuerdo Internacional con efectos jurídicos directos sobre los inmigrantes y los solicitantes de asilo. Este Acuerdo Internacional se ha celebrado infringiendo las normas procesales que el propio TFUE regula en su art. 218.

2.Se ha infringido el principio de no devolución (art. 33 de la Convención de Ginebra) y la Directiva de procedimientos de la Unión cuando se pretende calificar a Turquía como primer país de asilo, país seguro o país seguro europeo. Turquía nunca podrá considerarse primer país de asilo conforme a la Directiva de procedimientos, ya que, en primer lugar, contiene una restricción geográfica en su adhesión a la Convención de Ginebra que impide otorgar el estatuto de refugiado a aquellas personas no procedentes de Europa. En segundo lugar, se ha documentado que las personas solicitantes de asilo no gozan en Turquía de una protección suficiente que justifique esa devolución al país turco. Tampoco se puede considerar a Turquía país seguro ya que se han documentado devoluciones desde Turquía a países como Siria, Irak o Afganistán. Tampoco puede ser considerado tercer país seguro europeo ya que uno de los requisitos es que haya ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas.

3.No solo se han visto vulneradas disposiciones de Derecho derivado, como son las Directivas, sino que también se han vulnerado disposiciones de Derecho originario. Concretamente, los arts. 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reguladores del derecho de asilo y de la prohibición de expulsiones colectivas. Al producirse estas expulsiones colectivas, también han quedado dañados otros preceptos que caen en el ámbito del Consejo de Europa: el art. 3 del CEDH y el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH.

4. La Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017 pretende seguir los pasos de la Declaración UE – Turquía. El hecho de tomar el pacto UE – Turquía como modelo a seguir, nos genera preocupación por la situación en que quedarán los derechos de las personas refugiadas en Europa y la involución que esta crisis migratoria está

provocando en lo que se refiere a la garantía y protección de Derechos Fundamentales.

Bibliografía

Cano Linares, M. A. (2016). Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 41/2016, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor*, pp. 14 y siguientes;

Esmail Oureh, A. (2016). El acuerdo entre la UE y Turquía, reflejo de la debilidad de los políticos europeos. *La Ley Unión Europea, nº 40*;

González Enriquez, C. (2015). La crisis de los refugiados y la respuesta europea. Recuperado de: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari67-2015-gonzalezenriquez-crisis-refugiados-respuesta-europea;

Gutiérrez Espada, C. (2015). El conflicto en Siria (2011-2014) a la luz del Derecho Internacional y de la (Geo) política. *Revista Unidad de investigación sobre Seguridad y Cooperación*, *nº 37*, pp. 100 y siguientes;

López Garrido, D. (2016). *Acuerdo UE – Turquía: refugiados sin Ley*. Recuperado de: http://ctxt.es/es/20160420/Politica/5505/acuerdo-UE-Turquia-refugiados-inmigracion-grecia-siria-vulneracion-derechos-derecho-asilo.htm;

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2012). *La adhesión de la UE al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica*. Recuperado de: https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20adhesión%20de%20la%20ue.pdf;

Molina del Pozo, C. F. (2011): *Tratado de Lisboa*, Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces, p. 283;

Naïr, S. (2016): *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, Barcelona: Ed. Crítica, pp. 19 y siguientes;

Rosaria Mauro, M. (2016). El Sistema Europeo Común de Asilo y Refugio, a debate. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 42*.

DOCUMENTOS, INFORMES Y OTROS RECURSOS EN LÍNEA

Abogacía reclama a la UE que revoque los acuerdos con Turquía sobre refugiados. (2016) Recuperado de: http://www.abogacia.es/2016/08/01/la-abogacia-reclama-a-la-ue-que-revoque-los-acuerdos-con-turquia-sobre-refugiados/;

Mediterranean situation. (2017). Recuperado de: http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=1.114659406.851115848.1486816063;

ACNUR preocupado por el fin de la operación de rescate en el Mediterráneo. (2014). Recuperado de: http://www.acnur.es/noticias/notas-de-prensa/1922-acnur-preocupado-por-el-fin-de-la-operacion-de-rescate-en-el-mediterraneo;

Posición del ACNUR sobre el acuerdo UE – Turquía: deben prevalecer las garantías en materia de asilo. (2016). Recuperado de: http://www.acnur.org/noticias/noticia/posicion-de-acnur-sobre-el-acuerdo-ue-turquia-deben-prevalecer-las-garantias-en-materia-de-asilo/;

Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir. (2015). Recuperado de: http://acnur.es/PDF/TendenciasGlobales2015.pdf;

Turquía: las devoluciones ilegales y en masa de personas refugiadas sirias ponen de manifiesto los fatídicos defectos del acuerdo entre la UE y Turquía. (2016). Recuperado de: https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-eu-turkey-deal/;

A blueprint for despair: Human Rights impact of the EU-Turkey deal. (2017). Recuperado de: https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI.exe/EUR2556642017ENGLISH-min?CMD=VEROBJ&MLKOB=36671083434;

Informe anual 2016/17 de Amnistía Internacional. (2017). Recuperado de: https://www.amnesty.org/es/countries/europe-and-central-asia/greece/report-greece/;

Los refugiados sirios son explotados en fábricas de Turquía que producen para famosas marcas de ropa. (2016). *BBC*. Recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37757061;

La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2012. (2012). Recuperado de: https://cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Informe-2012-de-CEAR.pdf;

La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2014. (2014). Recuperado de: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Informe-CEAR-2014.pdf;

Informe 2015. Las personas refugiadas en España y en Europa. (2015). Recuperado de: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe-2015-de-CEAR3.pdf , p. 50;

Informe de CEAR relativo al acuerdo Unión Europea – Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de las personas migrantes y refugiadas dirigido al Comisario Europeo de Derechos Humanos. (2016). Recuperado de: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/INFORME-COMISARIO-EUROPEO-DDHH.pdf;

Carta de CEAR dirigida a la Defensora del Pueblo Europeo, Dña. Emily O'Reilly. (2016). Recuperado de: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/Carta-Defensora-Pueblo-UE.pdf;

Denuncia de CEAR ante la Comisión Europea. (2016). Recuperado de: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/DENUNCIA-COMISION-.pdf;

La Unión Europea y la crisis de los refugiados. (2016). Recuperado de: http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/es/;

Un Sistema Europeo Común de Asilo. (2014). Recuperado de: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_es.pdf;

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Europea de Migración. (2015). Recuperado de: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_es.pdf;

Documento de 19 de marzo de 2016 de la Comisión Europea: EU-Turkey statement: Questions and Answers. (2016). Recuperado de: file:///C:/Users/Jorge%20Antonio/Downloads/MEMO-16-963_EN.pdf

Comunicado de prensa 144/16: Acuerdo UE – Turquía de 18 marzo de 2016. (2016). Recuperado de: http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/;

Comunicado de prensa 19/17 del Tribunal General de la Unión Europea. (2017). Recuperado de: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019es.pdf;

The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016. (2016). Recuperado de: http://statewatch.org/news/2016/may/coe-eu-turkey-resolution-as-adopted-4-16.pdf;

Violation by article and by State. (2016). Recuperado de: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2016_ENG.pdf;

Education for Syrian Refugee Children: What Donors and Host Countries Should Do. (2016). Recuperado de: https://www.hrw.org/news/2016/09/16/education-syrian-refugee-children-what-donors-and-host-countries-should-do;

EU Policies put refugees at risk. (2016). Recuperado de: https://www.hrw.org/news/2016/11/23/eu-policies-put-refugees-risk;

Pregunta de la eurodiputada Birgit Sippel. (2016). Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2016-000053+0+DOC+XML+V0//ES&language=es;

Recurso de anulación apoyado por Jiménez Villarejo, C., la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, la Fundación Congreso Catalán por la Salud Mental, la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, la organización Stop Mare Mortum, el Comité Catalán de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, la organización Proactiva Open Arms y la organización Federalistes d'Esquerres. (2016). Recuperado de: http://ctxt.es/es/20170118/Politica/10490/refugiados-acuerdo-UE-Turquia-recurso-Tribunal-de-Justicia.htm

Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967. (2011). Recuperado de: http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951;

Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967;

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

NORMAS DE DERECHO DE LA UE

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;

REGLAMENTO (UE) 2016/399 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen);

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición);

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición);

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición);

Reglamento (UE) n° 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición);

Reglamento (UE) n° 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n° 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición);

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.