

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. João Lima Sant'Anna Neto

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparo

Vice-Diretora

Prof^a. Dr^a. Nanci Soares

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Cordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof^a. Dr^a. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^a. Dr^a. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof^a. Dr^a. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof^a. Dr^a. Jete Jane Fiorati

Mestranda Ana Clara Tristão

Mestrando Eduardo Matheus Ferreira Lopes

UNESP – Universidade Estadual Paulista
UNESP – São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos *UNESP*.

Franca.

a. 23, n.37.

537 p.

2019.

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | Jete Jane Fiorati (Unesp) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | João Paulo Capelotti (ISHS) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | José Duarte Neto (Unesp) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| António José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Celso Hiroshi Icohamama (UNIPAR) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Cleide Calgaro (Universidade de Caxias do Sul) | Maria Cristina V. Blanco Tarrega (UFG) |
| César Augusto de Castro Fiúza (PUC-MG) | Maria Inmaculada R. Tapia (Univ. Granada) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Maria J. Jeletzcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Eduardo Pordeus (UFCG) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Renato de A. O. Muçouah (UFU) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Ricardo Prestes Pazello (UFPR) |
| Esteban Juan Peréz Alonso (Univ. Granada) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesc) |
| Esther Pomares Cintas (Universidade Jaén) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Fábricio Bertini Pasquot Polido (UFMG) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Fernando V. Velásquez (Univ. S. Arboleda) | Vânia B. Rey Paz (UFSM) |
| Gilsilene Passon Picoretto Francischetto (FDV) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | Victor Hugo de Almeida (Unesp) |
| | Yvete Flávio da Costa (Unesp) |

Equipe Editorial

- | |
|-----------------------------------------------|
| Ana Clara Tristão (Unesp) |
| Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca) |
| André Luis Pereira Spinieli (Unesp) |
| Gabriel Moura Aguiar (Unesp) |
| Laura Rizzo (Unesp) |
| Thales Braghini Leão (Unesp) |
| Tiago Fernandes Guedes de Carvalho (Unesp) |
| Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp) |
| Victor Luiz Pereira de Andrade (Unesp) |

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petraglia, 900 – Jardim Petraglia CEP: 14409-160 - Franca –SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2019, 23-37
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A Revista de Estudos Jurídicos Unesp (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP, publica, em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos e resenhas, na linha editorial “**Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania**”, com destaque para uma das linhas de pesquisa: **1) Cidadania Civil e Política e Sistemas normativos; 2) Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos; e 3) Tutela e Efetividade dos Direitos da Cidadania.**

A revista é fruto da preocupação do PPGDireito/UNESP/Franca com a pesquisa jurídica de excelência, em uma realidade caracterizada pela necessidade de se concretizar o compartilhamento do conhecimento e habilidades direcionadas ao fortalecimento e ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Os critérios utilizados nas últimas edições se referem a estratos elevados, com artigos internacionais e o firme compromisso de altos índices de exogenia, distribuída pelos diferentes estados brasileiros e com contribuições de autores de elevado grau acadêmico, vinculados a conceituados programas de pós-graduação do Sistema Nacional de Pós-Graduação, tendo alcançado o estrato Qualis-Periódico B1 na última classificação da Área do Direito.

Neste número 37, encontram-se artigos relacionados às três linhas de pesquisa do PPGDireito/UNESP/Franca. Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, conforme as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 6 (seis) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 5 (cinco) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA E SISTEMAS NORMATIVOS; e 7 (sete) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA.

Vale destacar a pertinência temática dos trabalhos à Área de Concentração do PPGDireito/UNESP/Franca, “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, contribuindo para o debate jurídico e para o aprofundamento das pesquisas realizadas no âmbito nacional e internacional.

Agradecemos a participação de todos(as) que contribuíram para a manutenção da alta qualidade da revista, desejando que os(as) pesquisadores(as) apreciem o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos UNESP.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Editor-Chefe e Presidente da Comissão Permanente de Pesquisa
da UNESP - Câmpus de Franca

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING ON CJEU: THOUGHTS AND OBSERVATIONS IN CRIMINAL MATTERS

Dimitris Liakopoulos 13

WALDRON, LIBERALISMO POLÍTICO E DISCURSO DE ÓDIO

Vinicius Fernandes Ormelesi 77

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: APORTE PARA UM NOVO PROCEDIMENTO DE INVESTIDURA DE MINISTROS

José Duarte Neto

Rudson Coutinho da Silva 95

A “TAXATIVIDADE MITIGADA” DO ROL DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E SEUS POSSÍVEIS IMPACTOS NO SISTEMA PROCESSUAL

João Victor Carloni de Carvalho

Yvete Flávio da Costa 131

A PROBLEMÁTICA DO CONTRADITÓRIO E DA DECISÃO SURPRESA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA

Fabrício Veiga Costa

Lincoln Machado Alves de Vasconcelos 153

PENSADORAS DO ILUMINISMO BRITÂNICO

Denis Leite Rodrigues 185

LINHA II CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE ASPECTOS ORGANIZACIONAIS, COMPORTAMENTAIS E PSICOLÓGICOS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUA INFLUÊNCIA NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA LABOR-AMBIENTAL

Victor Hugo de Almeida 213

A IMPOSSIBILIDADE DE DECISÃO ILÍQUIDA COMO EMPECILHO AO ACESSO À JUSTIÇA NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA

Eloy Pereira Lemos Junior

Wanderson Dias Fernandes 239

VIOLENCIAS EN EL TRABAJO, CINISMO ESTRUCTURAL, PODERES INNOMINADOS Y CONDICIONES DIGNAS DE VIDA

David Sánchez Rubio

Pilar Cruz Zúñiga 259

O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Rafael José Nadim de Lazari

Adolfo Mamoru Nishiyama 293

RESPONSABILIDADE CIVIL E SOCIAL NA BUSCA POR ATUAÇÕES NEGOCIAIS MENOS ATROZES

Rodrigo Ichikawa Claro Silva

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral 309

LINHA III TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES MIGRANTES

Andrea Pellegrini Fetzner

Marli Marlene Moraes da Costa 343

O DIREITO ÀS TERRAS TRADICIONAIS RECONHECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA PERSPECTIVA DO TERRITÓRIO TRADICIONAL PANAMBI LAGOA RICA EM MATO GROSSO DO SUL – GUARANI KAIOWÁ

Julia Thais de Assis Moraes

Silvia Araújo Dettmer 369

PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA SOCIEDADE CIVIL CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL

Carolina Costa Ferreira

Maria Clara de Carvalho Honório Costa 405

A ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DESCRIÇÃO E A INDICAÇÃO DE LINHAS DE COMPREENSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS NA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Alex Cabello Ayzama

Alexandre Walmott Borges

Wilcon Luciano Abreu 441

A ARQUITETURA DOS BENS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA PERSPECTIVA EXISTENCIAL A PARTIR DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

Melissa de Cássia Pereira

Rosalice Fidalgo Pinheiro 461

**ADAPTIVE LEARNING E EDUCAÇÃO DIGITAL: O USO
DA TECNOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DO SABER E NA
PROMOÇÃO DA CIDADANIA**

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

João Victor Rozatti Longhi 487

**CONFLITOS ENTRE O DEVER DO ESTADO À PRESTAÇÃO
DE SAÚDE UNIVERSAL E A LIBERDADE RELIGIOSA DE
TESTEMUNHA DE JEOVÁ: ESTUDO DE CASO DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N° 979742/AM**

Danilo Henrique Nunes

Adriana Galvão Abílio

Gustavo Costa Silva 515

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING ON CJEU: THOUGHTS AND OBSERVATIONS IN CRIMINAL MATTERS

REFERÊNCIA PARA UM JULGAMENTO PRELIMINAR NO TJUE: PENSAMENTOS E OBSERVAÇÕES EM MATERIA PENAL

Dimitris Liakopoulos*

SUMMARY: Introduction. 1 Admissibility profiles of the reference for a preliminary ruling. 2 The notion: "court of one of member states". 3 Optional and mandatory reference. 4 Questions referred to a preliminary ruling. 5 Questions for a preliminary ruling concerning validity. 6 The procedure concerning the examination of questions referred to a preliminary ruling. 7 Value and effects of preliminary rulings. 8 Precautionary measures and preliminary reference. 9 A "transversal" interpretation and the future of the European Union's judicial system. Conclusion. References.

ABSTRACT: Purpose of this investigation is to give answers and make a technical/procedural overview on preliminary reference in criminal matters as well as to examine the application of art. 267 TFEU in the context of criminal proceedings. Over the last eight years, therefore, the urgent preliminary ruling procedure, initially dictated by the material nature of dispute, has evolved into an institution closer to specific requirements of criminal procedural law, where the request for urgent procedure takes place based on person's situation involved in the trial before the referring court. System rationale reflects the realization of an ever-increasing integration of EU law into national law, even in criminal matters which has always been reserved for the exclusive competence of states.

Keywords: preliminary reference. european union law. european procedural law. emergency proceedings.

RESUMO: O objetivo desta investigação é dar respostas e apresentar uma visão geral técnica/processual sobre a o julgamento preliminar em questões criminais, bem como examinar a aplicação do art. 267 TFUE no contexto de um processo penal. Nos últimos oito anos, portanto, o procedimento de decisão preliminar urgente, inicialmente ditado pela natureza material da controvérsia, evoluiu para uma instituição mais próxima dos requisitos específicos da lei processual penal, onde o pedido de procedimento urgente ocorre com base na situação da pessoa envolvida no julgamento perante a referida Corte. A lógica do sistema reflete a realização de uma integração cada vez maior do direito da UE no direito nacional, mesmo em questões criminais que sempre foram reservadas à competência exclusiva dos Estados.

Palavras-chave: referência preliminar. direito da união europeia. direito processual europeu. procedimentos de emergência.

* PhD. Professor na Tufts University (EUA), na área de Direito Internacional.

Artigo recebido em 06/02/2019 e aceito em 03/06/2019.

Como citar: LIAKOPoulos, Dimitris. Reference for a preliminary ruling on CJEU: thoughts and observations in criminal matters. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 13-75. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUCTION

According to art. 267 TFEU (ex 234 TEC) CJEU may or should be referred to the court for a preliminary ruling on matters concerning Union law which arise in proceedings instituted before a "court of one of member states" (CJEU, C-241/15; C-60/12;C-396/11). This article presents some lexical variations as "jurisdictional bodies" instead of "jurisdictions" but also some major changes that we will analyze in the next paragraphs. The preliminary ruling procedure is the mechanism by which the cooperation between courts of member states and CJEU serves as the administration of justice in the legal order of the union, in order to guarantee the uniform interpretation and application of internal law to all state systems (CJEU, C-16/65).

The competence foreseen by art. 267 TFEU distinguishes itself clearly from other competences attributed by treaties to CJEU, understood as a judicial institution inclusive of CJEU in the strict sense of general and specialized courts according to art. 19 TEU (CJEU, C-327/18)¹. All others are direct, full and exclusive skills. The parties entitled to activate them by submitting their questions directly to CJEU judge. On the basis of preliminary ruling, CJEU is aware of certain questions of EU law by referral made by a national court in the context of a judgment initiated and intended to be brought before the national court itself. This requires CJEU to rule on certain issues because: "it considers it necessary to issue a decision on this point" (article 267, letter 2, TFEU) (CJEU, C-310/18). CJEU ruling has a preliminary nature both in a temporal sense because it precedes the judgment of the national judge and in a functional because it is instrumental to the enactment of that sentence.

This is an indirect responsibility because the initiative to apply to CJEU is not taken directly by the interested parties but by the national court and also limited competence since CJEU can only examine the matters of EU law raised by the national court. The latter remains competent to rule on all other aspects of EU law in respect of which the national court has not decided to request CJEU to give a ruling. It is questionable whether it is an exclusive competence. The competence referred to in art. 267 TFEU is exclusive in that only CJEU can give preliminary rulings on questions of EU law. It cannot be defined in absolute terms since the same national judgments can rule these issues if they choose not to apply to CJEU. Even

¹ For further details see: K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, European Union procedural law, Oxford University Press, Oxford, 2014.

in cases of obligatory postponement, the obligation to refer is not absolute, as there are cases in which the national court can decide on its own.

National judge is the only one with direct knowledge of the facts of the case as well as the arguments of the parties and that he will have to take responsibility for the emanating ruling is in the best condition to assess with full knowledge of the relevance of the questions of law raised by the dispute he is facing and the need for a preliminary ruling to be able to issue the sentence (CJEU, C-338/85; C-369/89; C-368/89; C-186/90; C-127/92; C-30/93)². There is a presumption of relevance of the questions referred by the national courts for a preliminary ruling that can only be excluded in exceptional cases if it is manifestly apparent that the requested interpretation of the provisions of EU law has no relation with the reality, the object of principal case, the hypothetical problem, CJEU's factual and legal elements necessary to properly resolve the issues submitted to it. It is for the national court to decide on the basis of considerations of economy and procedural usefulness at which stage of the procedure to refer a question to CJEU (CJEU, C-72/83; C-348/89)³ even CJEU has had the opportunity to make the referral once it has been defined the issues of fact and law in order to obtain a better evaluation and thus allow this procedure to make the most of its effects. Similarly, confirming the existence of a hierarchical relationship between CJEU and national courts, except for the obligation of the latter to comply with CJEU decisions, it was considered that it is not for CJEU to decide on national court jurisdiction or the admissibility of the action before him or to ascertain whether the provision in question was adopted in accordance with the rules of organization and the procedural rules of national law. CJEU must comply with the order for reference issued by the national court until it has been annulled following an appeal which may be covered by national law (CJEU, C-19/68; C-65/81). If it is not for CJEU to intervene in resolving the problems of jurisdiction which may raise in internal legal system the definition of certain legal situations based

² For further details see: T. STOREY, A. PIMOR, *Unlocking EU law*, ed. Routledge, London & New York, 2018. K. LIMBACH, *Uniformity of customs administration in the EU*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015.

³ For further details and analysis see: A. HARTKAMP, C. SIBURGH, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss. K. LENEAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *European Union procedural law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 133ss. M. WIERZBOWSKI, A. GUBRYNOWICZ, *International investment law for the 21st century*, Oxford University Press, Oxford, 2015. A.H. TÜRK, *Judicial review in European Union law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2010. L. WOODS, P. WATSON, *Steiner & Woods European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss

on Union law in such cases there is an interest in indicating to the internal judge the elements which can contribute to the solution of the competence problem that it must solve (CJEU, C-179/84). The jurisprudence affirmed the power that CJEU reserved itself to control the preliminary ruling procedure not only against abusive deviations but also by verifying the conditions for its pronunciation in order to safeguard its effect beyond the division of powers affirmed in principle by constructing in a vertical way the relationship of cooperation between national judgments and CJEU, rather than on the equal character that the article and the meaning of the cooperation itself seem to require.

The reasons which led to the inclusion of a preliminary ruling among the other competences of CJEU are linked to some characteristics typical of EU legal system. On the one hand, the decentralized system of application for which the task of applying EU legislation to the subjects of internal legal systems is entrusted to the administrative authorities of each member state. On the other hand, the characterization of Union rules as rules with direct effect which are therefore likely to determine new legal positions for or against the subjects of internal legal systems or at least to influence the pre-existing legal positions. Both these characteristics make frequent the establishment of national disputes before the national courts for whose solution it is necessary to proceed with the interpretation or evaluation of the validity of the name of the Union. The purpose governed by art. 267 TFEU is twofold. It tends to prevent each national court from interpreting and verifying the validity of Union's name on an autonomous basis, as if it were a matter of rules belonging to the legal system of its own member state, with the risk of infringing the unity of Union's law. It aims to offer national judges an instrument of collaboration to overcome the interpretative difficulties that the law of the union can raise as it is a system with its own characteristics and purposes. For this reason, the preliminary ruling jurisdiction is not intended only to prohibit differences in the interpretation of EU law which the national courts must apply "but also and above all" to guarantee this application by offering the judge the means to overcome the difficulties that may arise from the imperative to give Union law full force in member states legal systems (CJEU, C-166/73), a guarantee of the correct application and uniform interpretation of Union law (CJEU, C-283/81)⁴.

⁴ See for further analysis: C. BARNARD, S. PEERS, European Union law, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 788ss. E. BERRY, M.Y. HOMEWOOD, B. BOGUSZ, Complete European Union law. Texts, cases and materials, Oxford University Press,

The preliminary ruling has made an invaluable contribution to the development of this right. Suffice it to say that fundamental principles such as direct effectiveness of the rules of the treaties (CJEU, C-26/62; C-56/65; C-43/71; joined cases C-162 and 258/85)⁵; direct effectiveness of directives (CJEU, C-41/74)⁶; primacy on incompatible internal rules (CJEU, C-6/64; C-106/77; C-213/89); member states responsibility for damages resulting from infringements of EU law (CJEU, C-213/89; joined cases C-6/90 and C-9/90; GEIGER, et. al.) have all found their affirmation and their progressive development in rulings made by CJEU pursuant to art. 267 TFEU. The mechanism envisaged by art. 267 involved firsthand the national judges and also the persons who appeal to these judges in an effort to ensure that Union law is correctly interpreted and applied by and within member states, multiplying exponentially the occasions in which this control can take place (CJEU, C-26/62; FOLSOM, 2017). Proof of this is the hardness with which CJEU itself has taken a stand against any national provision that hinders or limits judges' right to make a referral pursuant to art. 267 TFEU (CJEU, C-670/16; C-367/16; C-579/15; C-289/15)⁷.

In accordance with art. 256, par. 3, sub-paragraph 1 TFEU, "the court has jurisdiction to hear questions referred for a preliminary ruling,

Oxford, 2013. G. CONWAY, European Union law, ed. Routledge, London & New York, 2015. F. NICOLA, B. DAVIES, European Union law stories, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.J.USHERWOOD, S. PINDER, The European Union. A very short introduction, Oxford University Press, Oxford, 2018.

⁵ See also: J.L. DA CRUZ VILAÇA, European Union law and integration. Twenty years of judicial application of European Union law, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014.

⁶ For further analysis see: K. AMBOS, European criminal law, Cambridge University Press, Cambridge, 2018. J. WOUTERS, C. RYNGAERT, T. RUYS, International law: a european perspective, hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.

⁷ For further details and analysis see: A. HARTKAMP, C. SIBURGH, W. DEVROE, Cases, materials and text on European Union law and private law, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss. K. LENARTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, European Union procedural law, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 133ss. M. WIERZBOWSKI, A. GUBRYNOWICZ, International investment law for the 21st century, Oxford University Press, Oxford, 2015. A.H. TÜRK, Judicial review in European Union law, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2010. L. WOODS, P. WATSON, Steiner & Woods European Union law, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss C. BARNARD, S. PEERS, European Union law, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 788ss.E. BERRY, M.Y. HOMEWOOD, B. BOGUSZ, Complete European Union law. Texts, cases and materials, Oxford University Press, Oxford, 2013. G. CONWAY, European Union law, ed. Routledge, London & New York, 2015. F. NICOLA, B. DAVIES, European Union law stories, Cambridge University Press, Cambridge, 2017. J.USHERWOOD, S. PINDER, The European Union. A very short introduction, Oxford University Press, Oxford, 2018.

pursuant to art. 267 TFEU in specific subjects determined by the Statute" (CJEU, C.636/16). The jurisdiction of the court for preliminary rulings is not directly provided for by TFEU but is postponed to a subsequent amendment of CJEU statute which should define the "specific matters" for which the same competence should apply. So far no changes have been made to this effect, so that at the moment court's preliminary jurisdiction remains purely virtual. It should be noted that contrary to the main jurisdiction of the court (article 256, par. 1 TFEU), the jurisdiction which could be attributed to the court would be a first and last instance jurisdiction since it is not foreseen that the court rulings may normally be the object of appeal before CJEU. The court itself may refer the case to CJEU "if it considers that the case requires a decision of principle that could compromise the unity or consistency of Union law" (article 256, par. 3, sub-par. 3)⁸. In reality, art. 256, par. 3 provides 2 safeguard clauses. If the court considers that the case requires a decision of principle that could jeopardize the unity or the coherence of EU law, it could refer the case to CJEU for a ruling. Court's decisions on preliminary questions could exceptionally be re-examined by CJEU in the event of serious risks to the unity or consistency of Union's law. The conditions and limits of this review are determined by the articles of association. Article 62 of the new CJEU statute gives the Advocate General the initiative to propose the review within one month of court's ruling. The proposal will be subject to a preliminary decision by CJEU on whether or not to proceed with the review. For both provisions the devolution of part of the preliminary ruling has not yet taken place. With regard to the division of competences between CJEU and the court concerning preliminary reference, reference is made to art. 19, par. 2 TEU (USHERWOOD; PINDER, 2018).

Ultimately it is still a procedure of judicial cooperation of a dialogue from judge to judge that can certainly bring concrete benefits to the parties that suggest the use but which must structurally be understood as a procedure aimed at a correct interpretation and application of Community law rather than as a means of judicial protection of the rights of individuals towards member states. This does not exclude that the performance of the preliminary ruling procedure is to be understood as included in the baggage of the guarantees that Union law makes available to individuals so that the judicial proceedings can be considered fair. As proof of this, it

⁸ For further analysis see: T. CAMPBELL, K.D. EWING, A. TOMKINS, *The legal protection of human rights. Sceptical essays*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 269ss.

is worth pointing out that in German and Spanish law, the non-execution of the reference for a preliminary ruling is sufficient reason to consider the procedure for failure to involve the natural judge to be incorrect.

1 ADMISSIBILITY PROFILES OF THE REFERENCE FOR A PRELIMINARY RULING

The mechanism of preliminary ruling constitutes an instrument for cooperation between national courts and CJEU. It can be said that the former and the second play a complementary role in order to find a solution to the concrete case that is in conformity with Union law. It cannot be said that there is a hierarchy for which national courts would in some way be subordinated to CJEU.

The absence of a hierarchical relationship explains why CJEU does not exercise any type of control over the jurisdiction of the national court to ascertain the judgment in which the questions referred were raised (CJEU, C-435/97), or the regularity of the judgment itself and in particular of referral provision (CJEU, C-472/93). These are aspects that are not governed by EU law but by the domestic law of national court and must therefore be resolved by the national court itself. CJEU is held bound to reply to questions referred for a preliminary ruling until the referral order is revoked or withdrawn by the national court itself or annulled by a higher court following an appeal (CJEU, C-65/81).

CJEU has set out requisites concerning the content that the referral provision must have. CJEU requires that when the questions refer to the "competition sector, characterized by complex factual and legal situations", the national judge "defines the factual and legal context in which the questions raised are inserted or explains at least the factual assumptions on which these issues are raised" (CJEU, C-65/81). In the absence of sufficient indications in this regard, CJEU could not "arrive at an interpretation of EU law which is useful for the national court" (CJEU, joined cases C-320/90, C-321/91 and C-322/91; C-380/05)⁹. Other parties and member states authorized to submit written observations to CJEU pursuant to art. 23 of the Statute would not be able to make specific observations (CJEU, C-458/93)¹⁰.

⁹ See also: M. BROBERG, N. FENGER, Preliminary references to the European Court of Justice, Oxford University Press, Oxford, 2014. P. CRAIG, EU administration law, Oxford University Press, Oxford, 2018.

¹⁰ See also: R. MILES GOODE, Principles of corporate insolvency law. Sweet & Maxwell, London, 2011.

CJEU reserves the right not to reply to questions referred for a preliminary ruling. CJEU provides for the inadequacies of the referral order by using elements that can be obtained from the file sent by the national court or by parties' observations (CJEU, joined cases C-51/97 and C-191/97; joined cases C-180/98 and C-184/98).

Naturally, CJEU does not verify the necessity of the postponement and questions relevance of EU law with respect to case settlement pending before the national court. According to the system of art. 267 TFEU the national judge turns to CJEU "if it considers it necessary to issue its sentence on the point" (GEIGER; KHAN; KOTZUR, 2016). The same solution also applies to last resort courts (article 267, sub-par. 3 TFEU), which according to CJEU: "have the same power of assessment of all other national courts in determining whether a ruling is necessary on the point of (Union) law to enable them to decide" (CJEU, C-77/83). At the outset, CJEU considered that it was for the national court to assess the need for the referral and the relevance of the questions referred for a preliminary ruling. Subsequently a sometimes improper and even abusive use of the preliminary reference by parties and national judges led CJEU to change its attitude.

CJEU has thus reserved the power to check the relevance of questions referred for a preliminary ruling in order to check whether it is competent to reply and whether there is no "pathological" hypothesis identified by the case-law. Issues placed in the context of fictitious disputes; disputes in which the parties agree with each other on the interpretation to be given to Union's rules and only want to obtain a ruling by CJEU on this point because of *erga omnes* effectiveness (CJEU, C-104/79; BROBERG; FENGER, 2014); issues that are manifestly irrelevant due to the manifest inapplicability of the union rule to be interpreted in the case in question (CJEU, C-13/68; C-126/80; C-172/84)¹¹; purely hypothetical questions, defined as such because of their generality or the fact that they do not meet an effective need of the national judge in view of resolving the dispute (CJEU, C-83/91; C-428/93; C-571/10). CJEU does not always proceed to such verification but only where the formulation of the referral provision clearly gives rise to suspicions or when the parties authorized to submit written observations pursuant to art. 23 CJEU Statute raise specific objections.

¹¹ For further details see: B. THORSON, Individual rights in EU law, ed. Springer, Berlin, 2016, pp. 363ss.

CJEU's attitude seems to be oriented towards great prudence. It starts from the principle that if the questions raised by the national court relate to the interpretation of a (Union) rule, in principle CJEU is required to give a ruling (CJEU, C-343/90; joined cases C-94 and C-202/04; C-45/09)¹². CJEU is often satisfied that the national court has indicated the reasons which lead it to consider the reply to questions referred to be necessary (CJEU, joined cases C-223/99 and C-260/99; C-183/00; C-283/09;)¹³. In recent years there have been few cases of inadmissibility on the presence of one or the other pathological hypothesis.

2 THE NOTION: "COURT OF ONE OF MEMBER STATES"

Preliminary jurisdiction may be activated by bodies which may be qualified as a "court of one of member states". CJEU reserves the right to verify that the body making the reference for a preliminary ruling actually falls within that concept, considering it to be an autonomous concept and therefore not necessarily coinciding with the definitions derived from the legal systems of member states. To recognize the character of the court, CJEU has indicated as decisive the existence of certain characteristics such as: legal basis of the activity, permanent nature, mandatory jurisdiction, adversarial procedure, application of legal rules and independence (CJEU, joined cases C-9/97 and 118/97; C-516/99). The notion of a court by its own nature can only designate an authority which is third with respect to those are called to judge. The request for a preliminary ruling made by the Director of the Luxembourg Tax Office during a procedure in which he was called upon to decide on the appeal against a measure of an office with which he was organically connected is thus inadmissible (CJEU, C-24/92, par. 15-17). Likewise, the Greek national competition authority lacking the requirements of independence and mandatory jurisdiction cannot submit questions. Firstly, because the institution is subject to the supervision of Minister for Development and secondly, since it works in close cooperation with the commission and can be deprived of its competence if the committee initiates a competition procedure . The exercise of jurisdictional functions with the competition and the approval

¹² For further details see: I. BENOHR, EU consumer law and human rights, Oxford University Press, Oxford, 2013.

¹³ For further analysis see: R. CARANTA, E. EDELSTAM, M. TRYBUS, EU public contract law: Public procurement and beyond, ed. Bruylants, Bruxelles, 2013. W. SAUTER, Coherence in EU competition law, Oxford University Press, Oxford, 2016.

of public authorities has been identified as decisive (CJEU, C-246/80; BROBERG; FENGER, 2014).

According to the formula adopted by CJEU, the possibility for a given body to make a reference for a preliminary ruling depends on a series of elements such as the legal origin of the body, its permanent nature, the binding nature of its jurisdiction, the contradictory nature of the proceedings, the fact that the body applies legal rules and is independent" (CJEU, C-54/96; joined cases C-69 and 79/96; C-92/00; C-53/03; C-246/05; C-8/08; C-501/06; C-118/09; C-196/09; C-118/09)¹⁴. Jurisprudence examination reveals how CJEU approach is characterized by considerable elasticity and how the presence of elements mentioned in the formula above is not systematically verified. Procedure's contradictory nature is not required (CJEU, C-107/96; BROBERG; FENGER, 2014). Not only does CJEU content itself with the adversarial procedure only at a stage in the procedure following the reference for a preliminary ruling but it also ascertains the reference made in proceedings which are entirely devoid of contradictory character (CJEU, C-55/96)¹⁵. The absence of body's independence requirement also intended as a third party has been interpreted in a variable manner (CJEU, C-24/92; joined cases C-110/98 and C-147/98). CJEU attitude was more rigorous with regard to the requirement of legal origin. The absence of such a requirement precludes the admissibility of a reference for a preliminary ruling by an arbitral tribunal (CJEU, C-102/81; C-126/97, par. 35; C-393/92)¹⁶ admitting that the referral can be made by the ordinary judges in the appeal or exequatur judgment, even if only a formal judgment is required (CJEU, C-393/92; BROBERG; FENGER, 2014). The referral by an arbitral tribunal is instead possible if the parties are by law obliged to turn to a court of this type and the law determines the composition and jurisdiction of the court (CJEU, C-61/65; C-2/67; THIES, 2013). CJEU faced with a preliminary ruling ordered by an arbitrator set up by a contract stipulated between private individuals, has detected the similarities that the arbitration presents with

¹⁴ See also: M. CREMONA, Market integration and public services in the EU, Oxford University Press, Oxford, 2011.

¹⁵ "(...) it follows from the principles of the primacy of Community law and of its uniform application, in conjunction with Article 5 of the Treaty, that a court of a Member State to which an appeal against an arbitration award is made pursuant to national law must, even where it gives judgement having regard to fairness, observe the rules of Community law, in particular those relating to competition law (...)" (LÓPEZ-GALDOS, 2016).

¹⁶ For further details see: C. BARNARD, EU employment law, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 527ss. A. SÁNCHEZ GRAELLS, Public procurement and the EU competition rules, Hart Publishing, oxford & Oregon, Portland, 2011.

the activity of the ordinary national courts. If it takes place within the scope of the law, the arbitrator must decide according to the law and its award is liable to take on the efficacious parts of what is judged being able to constitute an enforceable title once obtained by the *exequatur*.

Those analogies are not sufficient to give the arbitrator the status of a member state's body when at the time of conclusion of the contract there is no obligation for the parties to resolve the dispute by arbitration, the public authorities are not involved in the choice of arbitration as a means of resolving disputes and cannot intervene in the proceedings before the arbitrator. In the absence of such circumstances, the link between arbitration and remedies organization provided for is not sufficiently strict for the arbitrator to qualify the latter as a court of a member state (CJEU, C-102/81; C-125/04). The exclusion of arbitrators from the mechanism of referral to CJEU, while avoiding an excessive increase in the dispute before it, raises the risk of discrepancies in the interpretation and application of EU law. The impossibility for referees to refer the matter to CJEU in combination with the limitation to exceptional cases of the appeal for infringement of EU law raises critical profiles.

Even if the jurisprudential formula referred to does not make any mention of it, it is necessary that the reviving body has the function of issuing a decision on a dispute between parties. Lacking this function the presence of some elements resulting from the same formula is insufficient. CJEU has not admitted preliminary references made to public prosecution bodies in criminal judgments (CJEU, joined cases: C-74/95 and C-129/95)¹⁷ by bodies that perform advisory functions in administrative proceedings (CJEU, C-318/85)¹⁸ of CJEU in the exercise of the post-clearance control function on administrative activity regularity by a national court (CJEU, C-210/06; C-497/08; C-55/94). Competition authorities of member states are not jurisdiction under article 267 TFEU whereas it is quite possible that a question referred for a preliminary ruling be raised in the context of the appeal against the measures of those authorities (CJEU, C-198/01; BROBERG; FENGER, 2014).

¹⁷ See also: A.L. YOUNG, *Democratic dialogue and the constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 275ss.

¹⁸ See also: E. FRANTZIOU, *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 94ss

3 OPTIONAL AND MANDATORY REFERENCE

With respect to the reference for a preliminary ruling, the position of national courts varies according to whether they issue decisions against which it is possible to propose a judicial remedy under domestic or not law. Reference is the subject of a simple faculty while the judge is subject to a deferment obligation according to sub-par. 3 of art. 267. The ratio of this distinction is twofold. On the one hand, only in the case of a court of last resort would there be no remedy for any erroneous solution of questions of EU law to which this judge comes by itself, without activating the jurisdiction for a preliminary ruling. From this point of view, the obligation of referral by the court of last resort constitutes the extreme form of protection offered to the subjects involved in the correct judicial application of Union law. On the other hand, the erroneous solution given by a court of last resort to Union law matters risks to be accepted in numerous other judicial decisions and to consolidate despite its non-correctness as a result of the principle of being *decisis proprio* of common law or only as a consequence of the prestige and diffusion enjoyed by the judgments of these judges.

The notion of a court of last resort pursuant to sub-par. 3 of art. 267 depends on the concrete possibility of proposing an appeal against judge's decisions and not only from the rank he occupies in the national judiciary. In order to establish whether there is the possibility of proposing a judicial remedy of domestic law, only ordinary remedies should be taken into consideration.

The right of referral that is up to courts not of last resort implies that they are free to choose whether or not to raise the issues of EU law before CJEU independently of the request of the parties, that is also *ex officio* (CJEU, C-126/80; BROBERG; FINGER, 2014). On the respective role of the judge and the parties the sentence in case: C-104/10, Kelly of 21 July 2011¹⁹ noted that according to CJEU this freedom extends to the choice of the moment in which to carry out the reference even if according to CJEU could be appropriate that the facts have already been ascertained and that domestic law's questions have already been resolved (CJEU, joined cases C-36/80 and 71/80). In interpreting the obligation to refer to

¹⁹ See, C. TEITGEN, COLLY, *La Convention européenne des droits de l'homme: 60 ans et après?*, ed. LGDJ, Paris, 2013. W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 1755ss. D. LIAKOPoulos, European integration and its relation with the jurisprudence of European Court of Human Rights and private international law of European Union, in Homa Publica. Revista Internacional de Direitos Humanos e Impresa, 2 (2), 2018..

the courts of last resort, CJEU has introduced some elements of flexibility such as to make the distinction less clear than the other judges. CJEU also stated that the courts of last resort according to Cilfit judgment: "(...) have the same power to assess all other national courts in determining whether a ruling on the point of Community law is necessary to enable them to decide (...)" (GEIGER; KHAN; KOTZUR, 2016).

The mere fact that the parties have raised questions of EU law does not imply an obligation to refer. CJEU has identified some hypotheses in which, even in the presence of relevant issues, reference can be omitted. The referral from mandatory becomes purely optional also for judges of last resort: when the question: is materially identical to another question, raised in relation to a similar case, which has already been decided by way of preliminary ruling (CJEU, C-28-30/1962); when the answer to questions arises: "from a consistent jurisprudence of CJEU that, regardless of procedure's nature in which it was produced, resolves the point of litigious right, even in the absence of a strict identity between the matters of the dispute"; when the correct application of EU law requires: "with such evidence that it leaves no reasonable doubt on the solution to be raised to the question raised" but the judge must first conclude in this sense a) to convince himself that the same solution it would also impose on the courts of other member states and CJEU, b) compare the different language versions of Union rules, c) take into account the unnecessary coincidence between the meaning of the same legal notion in EU law and in law indoor; (d) relocating the Union standard in its context and in the light of its purpose (GEIGER; KHAN, KOTZUR, 2016).

Despite the extreme caution with which CJEU has defined the third hypothesis of non-obligatory reference (clear act theory), it has been criticized by the doctrine for the risk of abuse that it entails. This risk is exacerbated by the absence of remedies available in the event of an unjustified failure to refer (CJEU, C-294/16).

The failure to refer a preliminary ruling by a court of last resort may however lead to liability for damages to the member state to which the judge belongs as long as the other conditions required by CJEU jurisprudence, in particular the manifest character of the breach of obligation to refer (CJEU, C-173/03; C-224/01). According to the European Court of Human Rights (ECtHR) such behavior could constitute a violation of fundamental rights to an effective judicial remedy consecrated by art. 6,

n. 1, EctHR (2000)²⁰ if the omission of the reference was not adequately motivated in relation to cases identified by CJFU jurisprudence of CJEU (LIAKOPOULOS, 2018).

The distinction between judges of last resort and of the lower instances has been further attenuated with reference to the questions of institutions acts validity. CJEU has denied that a judge of last resort can independently autonomously declare an act of the institutions invalid (CJEU, C-314/85)²¹. It follows that if the court considers the grounds of invalidity alleged by the parties to be well founded, he is bound to refer the relevant question to CJEU. As an alternative to reference, the judge can only suspend the proceedings pending CJEU decision on the action for annulment brought against the same act (CJEU, C-344/98). The judge is obliged to refer even if doubting the validity of a Union Regulation to order as a precautionary measure the suspension of the execution of a national administrative provision based on this Regulation (CJEU, joined cases C-143/88 and C-92/89) and /or grant other provisional measures (CJEU, C-465/93)²².

4 QUESTIONS REFERRED TO A PRELIMINARY RULING

It results from the text of art. 267 TFEU that CJEU jurisdiction can be exercised with regard to questions of interpretation or questions of validity. The questions of interpretation can have as its object; a) treaties, b) acts performed by institutions, bodies or Union organs (GEIGER; KHAN, KOTZUR, 2016).

The Treaty of Lisbon has eliminated the letter c) of the old art. 234 TEC, which referred to "institutions of organisms created by act of the Council, when it is foreseen by statutes". The statutes mentioned in letter c), in reality as contained in Council's acts are included in letter b).

²⁰ See, A.O. EDWARD, R. LANE, Edward and Lane on European Union law, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2013

²¹ For further details see: A. BARAV, Judicial enforcement and implementation of EU law, ed. Bruylant, Bruxelles, 2017

²² For further analysis see: X. GROUSSOT, G.T. PETURSSON, The EU Charter of the Fundamental Rights five years on. The emergence of a new constitutional framework?, in S. DE VRIES, U. BERNITS, S. WEATHERILL, The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument. Five years old and growing, Oxford University Press, Oxford, 2015. S.I. SÁNCHEZ, The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental Right, in Common Market Law Review, 49 (5), 2012, pp. 1566ss .

Art. 234 TEC is referred only to the "present treaty", ie TEC. This change had the effect of extending CJEU jurisdiction to all TEU and TFEU provisions with the exception of those relating to CFSP. Those provisions relating to the area of freedom, security and justice which remained in Title VI TEU (Pillar III: Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters, articles 29 to 42 EU) and which have now merged into the new Title V TFEU, particularly in Chapters 4 and 5 (articles 82-89 TFEU). With regard to the provisions relating to SLSG which had already been transacted in TEC as a result of the Treaty of Amsterdam (articles 61 to 69), the special rules governing the preliminary ruling contained in art. 68 TEC are now entirely subject to art. 267 TFEU (DECHEVA, 2018; BARNARD; PEERS, 2017; FOSTER, 2016).

We must take into consideration that art. 267 also applicable to CJEU jurisdiction pursuant to: "exercising the powers relating to the provisions of Chapters 4 and 5 of Part Three, Title V concerning the area of freedom, security and justice, CJEU is not competent to examine the validity or proportionality of transactions conducted by the police or other law enforcement agencies of a member state or the exercise of the responsibilities incumbent on member states for the maintenance of public order and the safeguarding of internal security" (BARNARD; PEERS, 2017).

The formula of "treaties" is comprehensive in the Charter of Fundamentals Rights of the European Union (CFREU). This is one of the effects of assimilation contained in art. 6, par. 1, sub-par. 1 TEU according to which CFREU "has the same legal value as the treaties"²³. It must however be stated that in order for CJEU to be competent to interpret CFREU provisions for a preliminary ruling, CFREU must be applicable to the case pending before the national court and concerns the legality of measures implementing an act of Union institutions by a member state (CJEU, C-457/09; C-339/10).

For treaties we mean the text of TEU and TFEU in the version applicable ratione temporis to the facts of the case pending before the national court, including the attached Protocols (article 51 TEU) and taking into account the amendments made pursuant to art. 48 TEU or the adaptations on the accession of new member states pursuant to article 49 TEU. The transitional provisions of the accession agreements can also be interpreted by CJEU (CJEU, C-179/00).

²³ See also: N. ZIPPERLE, EU international agreements. An analysis of direct effect and judicial review pre-and post lisbon, ed. Springer, 2017.

The formula that is found in letter b) of sub-par. 1 is broader than that of the corresponding provision of art. 235 TEC, which spoke only of acts carried out by institutions and ECB and therefore left in doubt the possibility for CJEU to give preliminary rulings on the interpretation of acts carried out by Union organs not designated as institutions. On the other hand, the new formula refers in an encompassing way to the acts carried out by the institutions, bodies or Union organs.

The new formula also means that the acts adopted by the institutions in matters of police and judicial cooperation in criminal matters fall within the jurisdiction for a preliminary ruling. The optional disciplinary jurisdiction regulated by art. 35, par., I-5 TEU states that member states could accept the acts adopted under the deleted Pillar III. The competence referred to in art. 35 however, survives for a period of five years for acts adopted before the Treaty of Lisbon. As for the acts adopted before the Lisbon Treaty under Title IV TEC, the deletion of article 68 of the same treaty without any transitional provision having been established, they are now subject to ordinary preliminary rulings. The most important consequence is that the reference for a preliminary ruling can also be ordered by judges who are not of last resort, differently from what art. 68 and Weryński judgment noted. The latter makes reference for a preliminary ruling concerning a regulation issued under Title IV TCE4 (CJEU, C-171/16) although formulated during the period in which the Treaty of Lisbon had been signed but had not yet entered into force.

The notion of acts performed by institutions is very broad and includes the acts belonging to the various types envisaged by art. 288 TFEU, including recommendations (CJEU, C-113/75), opinions (CJEU, joined cases C-142/80 and 143/80; BROBERG; FENGER, 2014) and acts without direct effect (CJEU, C-9/70; BROBERG; FENGER, 2014). This notion also includes the non-typified denomination acts such as Council Resolutions and European Council acts (CJEU, C-9/73; BROBERG; FENGER, 2014), for the opposite solution before the Treaty of Lisbon (CJEU, C-253/94; BROBERG; FENGER, 2014). CJEU considers as "acts carried out by the institutions" (CJEU, C-181/73; BROBERG; FENGER, 2014) international agreements with third states pursuant to art. 218 TFEU as well as "mixed agreements" concluded by the Union together with member states (CJEU, C-87/75; C-53/96; Joined cases C-300/98 and C-337/95, par. 23)²⁴. The same solution has been applied to acts adopted

²⁴ For further analysis see: M. WIBERG, The EU services directive. Law or simply policy?, ed. Springer, Berlin, 2014.

by the bodies established by these agreements (CJEU, C-192/89). In the past, CJEU jurisdiction has been exercised also in respect of agreements concluded by member states before the institution of EU but with respect to which a sort of succession would have occurred in favor of the latter (CJEU, joined cases C-267-269/81). On the other hand, CJEU's jurisdiction for preliminary rulings does not automatically fall under the agreements or conventions concluded between member states, even if they were concluded in implementation of art. 293 TEC. And in order for CJEU to be able to exercise a preliminary ruling on these conventions, it was necessary that jurisdiction be established directly by each of these Conventions or by specific Protocols on the interpretation of Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and execution of judgments in civil and commercial matters and Protocol of 19 December 1988 concerning the interpretation of the Rome Convention of 19 June 1980 on the law applicable to contractual obligations. Both of these agreements have in the meantime been replaced by Regulations adopted pursuant to art. 81 TFEU (BARNARD; PEERS, 2017).

CJEU accepts to interpret union rules even if they are not applicable to the present case as such but by virtue of a reference made by internal norms according to the joined cases 297/88 and C-197/89, *Dzodzi v. Belgium* of 18 October 1990 (BROBERG; FENGER, 2014), where CJEU stated that Union's legal system has "(...) manifestly interest, to avoid future divergences of interpretation, to guarantee a uniform interpretation of all the provisions of Community law, regardless of the conditions in which they will be applied (...) although, then, it is for national courts to apply the provision interpreted by CJEU, taking into account the factual and legal circumstances of the case before them, and also to determine the exact scope of the reference to EU law (...)" (CJEU, joined cases C-297/88 and C-197/89). CJEU follows the opposite solution if it is a matter of union norms whose formulation is only partially reproduced in internal norms according to case: C-346/93, *Kleinwort Benson v. City of Glasgow district Council* of 28 March 1995 on the provisions of the Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters (LIAKOPoulos, 2018).

The letter of art. 267 TFEU rules out that, in the context of a question of interpretation, CJEU can itself apply EU rules to the situation which is the subject of the proceedings pending before the national court. Article 267 TFEU implicitly opposes interpretation to application of EU

law and attributes to CJEU only the first function, reserving the second for the national court (CJEU, joined cases C-28-30/62). Nonetheless, the answers provided by CJEU often go beyond a merely abstract interpretation of the Union rule. In the area of Common Customs Tariff, CJEU appears to be in fact proceeding directly to the classification in this or that item of the product examined by the national court (CJEU, C-63/77; BROBERG; FENGER, 2014).

Likewise, it is not foreseen that CJEU can interpret the rules of member states or the incompatibility of a national with Union rules (CJEU, C-33/65; BROBERG; FENGER, 2014). Both of these tasks belong to national judge who made the reference.

As regards questions referred to CJEU by the national court for a ruling on compatibility of specific internal rules with EU law, CJEU, while maintaining the principle of its incompetence to answer such questions, does not declare them inadmissible, but reformulates them in such a way as to provide the national court with all the elements of interpretation enabling it to assess such compatibility for the purpose of resolving the case (CJEU, C-369/89; BROBERG; FENGER, 2014). This allows the reference for a preliminary ruling to be used by national courts to obtain a judgment by CJEU, even if it is indirect, on the compatibility of internal rule with EU law, with effects not very different from those of a judgment issued against the member state in question pursuant to article 258 TFEU (this is an alternative use of the reference for a preliminary ruling) (BARNARD; PEERS, 2017).

5 QUESTIONS FOR A PRELIMINARY RULING CONCERNING VALIDITY

Preliminary ruling concerning validity can only cover "acts carried out by institutions, bodies or Union organs". These issues allow CJEU to carry out a check on the validity of such acts to supplement the control that CJEU exercises through legitimacy as per art. 263 TFEU, the validity exception referred to in art. 277 TFEU and indirectly the action of damages from non-contractual liability as per art. 268 TFEU.

Analogy with art. 263 TFEU means that all acts against which an action for annulment may be subject of a question for a preliminary ruling concerning validity. Also the grounds of invalidity that can be asserted are the same as those mentioned in the second sub-paragraph of art. 263

TFEU. However, the question of validity concerning a regulation or a decision addressed to third parties is not subject to the restrictive conditions referred to in the fourth sub-paragraph of the same article. Likewise, the two-month time-limit laid down in the sixth sub-paragraph shall not apply. It follows that a question of validity can also be proposed after years. Where it is not disputed that the subject addressed to national court could have brought an action for annulment of Union act in question and did not leave the time limit referred to in the sixth sub-paragraph of article 263, the national court can no longer raise a question for a preliminary ruling on validity (CJEU, C-188/92).

The proposition of questions of validity becomes necessary also for judges who are not of last resort if they consider the grounds of invalidity put forward by the parties to be uninformed.

CJEU judge on the validity of Union acts, rendered in the context of a preliminary ruling procedure, is distinct from that of the annulment decision pursuant to art. 263 TFEU. If reference should be made to identify defects whose presence entails the invalidity of Union act, the particularities of the preliminary ruling procedure allow act invalidity to be pronounced even outside the cases in which art. 263 TFEU allows the appeal. The person concerned that has not brought an appeal against it pursuant to art. 263, 2nd sub-paragraph TFEU must have in accordance with a general legal principle expressed in art. 277 TFEU which guarantees to any party the right to challenge in order to obtain the annulment of a decision that concerns it directly and individually, the validity of previous acts of constituting institutions, the legal basis of the contested decision. The possibility in an appeal brought under national law against an internal measure to plead the illegality of the decision of the commission on which the national measure adopted is based and obtain the submission of the matter to CJEU (CJEU, C-216/82).

Act identification with respect to which the question of validity can be proposed it was considered a non-binding act (CJEU, C-322/88; BROBERG; FENGER, 2014) since the article does not contain the limitation provided for by art. 263 TFEU. Unlike what happens during the cancellation procedure when it is pronounced for a preliminary ruling, CJEU cannot annul the act that it considers to be illegitimate but only declaring the invalidity in relation to the specific case. Recipient of the decision finding that illegitimacy is only the judge who addressed CJEU. The ruling constitutes, although, for any judge a necessary reason to

consider such an act invalid, i.e. a tribute to law's certainty requirements. The application by other judges of the act declared invalid could also create serious uncertainties regarding the law to be applied (CJEU, C-66/80; BROBERG; FENGER, 2014).

Analogically, it also applies to the preliminary ruling concerning the validity. According to art. 264, second sub-paragraph TFE, CJEU can indicate the effects of an invalid declared Regulation to be considered definitive (CJEU, C-114/99; BROBERG; FENGER, 2014). Such power appears to be a logical consequence of the general effectiveness that CJEU jurisprudence attribute to the sentences rendered under the article, when they declare the invalidity of a Regulation. Where case law excluded from the effectiveness of the declaration of invalidity, the deed or acts themselves subject of the dispute before the referring court would raise serious doubts as to the compatibility of the rule allowing such a ruling with the essential content of the right to judicial protection.

The hypothesis in which the sentence issued in the incidental judgment could not be applied in the main proceedings. This would be in contradiction with the nature of a preliminary ruling. The right to a judge and a judgment would be deprived of content if the judge, who doubts the legitimacy of a rule that he should apply, was to be answered by the court. The rule in such a case is not assessed and the invalidity has no effect in the dispute subject of the main proceedings that must be decided on the application of a recognized illegal rule. Faced with a possible violation of a fundamental principle, the primary demands of the uniform application of Union law and legal certainty could be invoked. Both requirements would not be jeopardized if, without prejudice to the regressed effects of the invalidated Regulation, the effectiveness of the ruling in the main proceedings and the judgments already initiated before the national courts before the date of enacting the invalidating sentence remained unaltered. CJEU has found that a national jurisdiction can examine the validity of a Union act and if it considers groundless the complaints put forward by the parties can reject them by concluding that the act is valid. The exercise of this power does not affect the existence of Union act.

The power to declare invalid acts of the Union is not recognized to national court. This derives from the attribution to CJEU of the skills indicated in the article. A centralized mechanism is envisaged to ensure the interpretation and uniform application of EU law by the judgments of member states. This need for uniformity is particularly stringent

when it comes to discussing the validity of a Union act since differences between national courts on the point of validity of that act would be likely to jeopardize the very unity of the legal order of the union. The datum is confirmed by the parallelism with art. 263 TFEU since it provides for the exclusive competence of CJEU for the annulment of a Union act, the consistency of the system requires that the power to ascertain the invalidity of the same act is reserved to CJEU even if the matter were raised before a national judge.

6 THE PROCEDURE CONCERNING THE EXAMINATION OF QUESTIONS REFERRED TO A PRELIMINARY RULING

The proceedings before the national court which precede the decision to refer are mostly governed by judge's national law. National procedural law cannot be structured in such a way as to limit or condition the exercise of the faculty or the fulfillment of the obligation of referral by the judge. In particular, they were found to be incompatible with art. 267 itself and therefore inapplicable. The prohibition for the judge to raise issues of Union law ex officio when this also results in the impossibility of making a reference to CJEU pursuant to art. 267 (CJEU, C-213/89; C-465/93).

It comes from the system of art. 267 TFEU that in case of reference the judge is obliged to suspend the judgment before him. It is not excluded that the judgment can continue with regard to the granting of precautionary measures admitted by the jurisprudence.

The form of the order for reference is determined by national law. The possibility of challenging the referral decision is also subject to national law, but CJEU considers itself adjourned until the referral order is revoked by the referring court.

Once the reference has been decided, the judge must notify the relevant decision to CJEU (article 23, sub-paragraph 1 of CJEU Statute). It is not prescribed but it is advisable that the relevant documents of the dossier be also notified. CJEU Registrar shall notify national court's decision "to parties in question, member states and the commission as well as to Union institution or body which has adopted the act whose validity or interpretation is contested" (BARNARD; PEERS, 2017). These subjects have the right to submit written observations within two months.

Following the procedure, it does not change with respect to the procedure that applies in CJEU's direct competences case, except for the

particularities that follow. With regard to representation and appearance of parties to national proceedings, does not apply art. 19 CJEU Statute but: "CJEU takes into account (...) procedural rules in force before the national courts that carried out the reference" (article 97, paragraph 3, CJEU Regulation) (BARNARD; PEERS, 2017). The discussion hearing must be claimed with a motivated request by the parties who are entitled to submit written observations pursuant to art. 23 CJEU Statute. Even in the presence of an application, CJEU may decide to hear the Advocate General to omit the hearing, unless the application is formulated by a person who, despite having the right to do so, has not submitted written observations (article 76, CJEU Regulation). The possibility is foreseen by CJEU, always heard the Advocate General to request clarification from the national judge (according to article 101, CJEU Regulation).

CJEU decides with sentence CJEU Procedure Regulation which provides that in some cases the procedure can be concluded with a reasoned order. Article 99 allows CJEU to decide by reasoned order "when the question referred is identical to a matter on which CJEU has already ruled, when the answer to that question can be clearly inferred from the case-law or when the answer to the question referred does not give rise to no reasonable doubt" (CJEU, C-283/81; C-30/00; C-80/01). It is not clear whether CJEU can resort the instrument of the reasoned order in the event of its manifest incompetence (article 100, par. 2 CJEU Rules of Procedure) or of manifest inadmissibility. The provision referred to in the past by CJEU for this purpose also in the context of judgments for preliminary rulings is no longer present in the new version of the Rules of Procedure. On the other hand, the corresponding provision is dictated for direct appeals and does not seem applicable to judgments pursuant to art. 267 TFEU. CJEU does not decide on the expenses, since this task is entrusted to the national judge according to art. 102 CJEU Regulation.

It should be noted that art. 23-bis of CJEU Statute provides for two types of summary or simplified procedures for examining some references. The first of these proceedings is called an accelerated procedure and is governed by articles 105 and 106 of CJEU Procedural Rules. According to art. 105 "at the request of the referring court or exceptionally, ex officio when the nature of the case requires its rapid treatment" the President of CJEU after hearing the judge-Rapporteur and the Advocate General can decide to treat a preliminary reference according to an "accelerated procedure". In this case the date of the hearing is fixed by the president

of CJEU and immediately notified to the parties referred to in art. 23 of CJEU Statute to which the same president assigns a reduced term of not less than fifteen days to file written observations.

If a question for a preliminary ruling concerning the validity of a Union institution decision has been put by the referring court on an ex-officio basis and not at the request of a person who, although he may bring an action for annulment against him, has not done in terms provided for by art. 263 final sub-paragraph TFEU, the question referred for a preliminary ruling cannot be declared inadmissible on the ground of that last circumstance.

Articles 107-114 of CJEU Procedural Rules govern the urgent preliminary ruling procedure (CJEU, C-404/15; C-659/16; C-129/14). It applies only if a reference for a preliminary ruling "raises one or more questions relating to the areas covered by Title V of the third part" TFEU, i.e. a sector falling within the area of freedom, security and justice (art. 107) (BARNARD; PEERS, 2017). This is a special procedure in a well-defined ratione materiae field of application. It is usually followed at the request of the same national court which is required to state "the circumstances of law and fact which prove urgency and justify the application of such derogatory procedure" (BARNARD; PEERS, 2017) indicating as far as possible "the answer that it proposes to the questions referred for a preliminary ruling (art. 107, let.2) (BARNARD; PEERS, 2017). The urgent procedure can exceptionally be requested by the president of CJEU "if the appeal to this proceeding seems to be imposed *prima facie*" (sub-par. 3) (BARNARD; PEERS, 2017). On the treatment of the referral according to the emergency procedure, CJEU section is appointed pursuant to art. 108. The same section will also decree the merit of reference unless it requests that the decision be taken by a broader training (article 113). In order to save time, it is possible to omit the written phase of the procedure "in which extreme urgency" and go directly to the oral phase (article 111) (BARNARD; PEERS, 2017).

C-296/08 PPU, Santesteban Goicoechea of 12 August 2008 was the first criminal case relating to the application of the urgent procedure in criminal matters, being a question concerning a person who was in custody, and maintaining the latter depended on the answer requested to CJEU. Continuing with C-278/12, Atiquallah Adil v. Minister for Immigratie, Integratie en Asiel case of 19 July 2012 clarifying the nature of PPU and its applicability on CJEU. PPU Advocate General , states that: "(...) it is

an exceptional procedure that can only be initiated for the causes that really need an urgent solution. Within CJEU it requires the concentrated use of both judicial and administrative resources. Because of this, if the proceeding is the subject of an excessive number of questions, it will jeopardize the treatment of the other causes of which the CJEU is invested. Evidently it should not be required (for example) with the intent of getting a response more quickly if the underlying facts do not justify it. For these reasons an application for admission to PPU can be submitted only if the circumstances justifying it are really present.

Therefore, the national court is obliged to state in its order for reference all legal and factual circumstances which demonstrate urgency and justify the application of PPU. This obligation is the counterpart of the principles of solidarity and cooperation governing relations between national judges and CJEU (Regulation (EU) 2016/95 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on the abstraction of certain acts in the sector of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters). National court should not omit elements which are relevant to the assessment of CJEU. Afterwards, the note information also provided further clarification regarding the issues of interpretation, dispensing the court of last resort from the obligation to refer "if there is already a jurisprudence on the matter (and the new context does not raise any real doubt about the possibility to apply this jurisprudence) or where there is no doubt as to the correct interpretation of the rule of law in question (...)" (CJEU, C-278/12).

When such circumstances arise, that court may itself decide on the exact interpretation of EU law and its application to the factual situation which the order for reference must be sufficiently complete and contain all relevant information so as to enable CJEU, as well as those entitled to submit observations and to correctly understand the factual and legal context of the dispute in national proceedings. In particular, the order for reference must: contain a brief description of dispute's subject-matter, as well as of the relevant facts as established, or at least clarify the factual assumptions on which the question referred is based; report the contents of national provisions that can be applied and identified; identify accurately the relevant Union law provisions in this case; clarify the reasons which led the referring court to raise questions concerning the interpretation or validity of certain provisions of EU law and the link which it establishes between those provisions and the national legislation applicable to the

main proceedings; possibly include a summary of the essential part of the relevant arguments of the parties to the main proceedings.

Finally, the referring court, if it is considered able to do so, can briefly indicate its point of view on the solution to be given to the questions referred for a preliminary ruling and the question or questions referred must be set out in a distinct and clearly identified part of the decision referral, usually at the beginning or end of this.

The Treaty of Lisbon has foreseen with the new sub-paragraph of art. 267 according to which in case of questions referred for a preliminary ruling: "a judgment pending before a national court and concerning a person in custody, CJEU shall act as quickly as possible" (CHALMERS; DAVIES; MONTI, 2014). By not providing for the Rules of Procedure an ad hoc procedure for these cases it is to be assumed that the urgent or accelerated procedure will be applied according to the subject matter of the preliminary reference.

The judgment or order defining the preliminary ruling procedure is sent to the national court. The continuation and conclusion of the proceedings before the national court are entirely governed by the applicable national law. The rejection of the application by a national court is possible if it is manifestly apparent that the interpretation of EU law or the examination of the validity of a Union rule requested by that court have no relevance to the effectiveness or the object of the main proceedings or that the provision is manifestly inapplicable in the specific case. In the same way, even if there is a legal link between questions and a dispute pending before the referring body, this body is not called upon to apply the rules of union law whose interpretation it seeks. CJEU is not competent to rule on the questions raised since they do not concern an interpretation of EU law that responds to an objective and current need for the decision of the referring body (CJEU, C-428/93; C-147/91; C-2/96; C-361/97; C-314/96; C291/96; BROBERG; FENGER, 2014).

The national court is obliged to define the legal framework in which the required interpretation must be located and to provide CJEU with the elements enabling it to identify Union law issues requiring interpretation. In this light, CJEU can be advantageous in circumstances that the facts of the case are established and that the problems of pure national law are resolved at the time when the request for a preliminary ruling is put forward to enable CJEU to know all the elements relevant to the interpretation it must give (CJEU, joined cases C-71 and 72/89). The

power conferred on national court to refer CJEU is intended solely for the purpose of enabling it to resolve a dispute pending before it by applying EU law which is the subject of interpretation. For the same reason it was considered that CJEU is not competent to decide on a postponement when the procedure before the judge is already closed (CJEU, C-338/85; C-355/89; C-159/90)²⁵.

It is not also CJEU's task to express opinions on abstract or hypothetical questions within a function of a consultative function (CJEU, C-93/78; C-149/82; C-251/83; C-83/91; C-343/90; C-571/10)²⁶. The preliminary ruling function is preordained to the composition of actual conflicts of interest through the contribution to the affirmation of the right in real and not eventual cases (CJEU, C-212/04; C-165/03).

7 VALUE AND EFFECTS OF PRELIMINARY RULINGS

Judgments given by the CJEU in a proceeding pursuant to art. 267 TFEU first of all bind the judge who carried out the reference (Benedetti v. Munari 52/76 of 3 February 1977) (CJEU, C-52/76). The latter cannot depart from it (CJEU, C-173/09) but can only refer to CJEU again for further clarification (CJEU, C-69/85).

The interpretation of an EU rule given by CJEU in the exercise of the competence attributed to it by the article clarifies the meaning and scope of the law (CJEU, C-62/93). The interpreted rule must also be applied by the judge to juridical relationships that have arisen and constituted before the interpretative sentence if the conditions are satisfied. Only exceptionally could CJEU be induced on the basis of a general principle of legal certainty inherent in Union legal order and taking into account the serious upheavals that the ruling could cause in the past in legal relations established in good faith to limit the possibility of those concerned to assert the interpreted provision in order to call into question those legal relationships. Such a limitation may be allowed only in the judgment concerning the interpretation required. The fundamental requirement of the uniform and general application of Union law implies the exclusive

²⁵ For further details see: B. VAN LEEUWEN, European standardisation of services and its impact on private law: Paradoxes of convergence, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 218ss.

²⁶ For further details see: D. LIAKOPoulos, Legal basis and “trasversal” interpretation of the ultimate reforms of the European Union jurisdictional system, in *Lex et Scientia*, XXV (2), 2018, pp. 80-104.

competence of CJEU to decide on temporal limits to be applied to the interpretation given by it (CJEU, C-61/79).

The binding effect of the preliminary ruling does not preclude the national court of destination from considering that it is necessary to turn to CJEU again before deciding the main dispute, because of difficulty in understanding or applying the sentence to submit a new legal question to CJEU, or finally to provide new assessment data to induce CJEU, to resolve an already raised issue otherwise. The right to turn to CJEU again cannot allow the validity of the sentence already issued to be contested because otherwise the division of jurisdiction between national courts and CJEU (CJEU, C-69/85) would be called into question. Also to the interpretive judgments of CJEU must be extended the principle that regulates the relationships between Union legal system and national order already established in relation to the normative discipline positively produced by the European institutions.

Given the objective nature of jurisdiction exercised by CJEU in these cases, the scope of judgment goes beyond the boundaries within which the questions had been raised. The existence of a judgment handed down in the context of a preliminary ruling procedure makes the proposition of a new referral on the same or similar questions superfluous by another court and exempts him from the obligation of referral provided for by the third sub-paragraph of art. 267 TFEU.

This solution implies that courts other than those whose court is located at the base of the preliminary ruling may or rather must adapt themselves to the ruling. The principle was affirmed with particular clarity in the case of preliminary rulings declaring the invalidity of institution act (CJEU, C-66/80; BROBERG; FENGER, 2014) but it is peacefully accepted also with reference to the preliminary rulings for interpretation. In principle all preliminary rulings have ex tunc value. The interpretation contained in a preliminary ruling in fact clarifies the meaning and scope of the provision which must or should have been understood and applied from the moment of its entry into force and the rule thus interpreted "can and must be applied by the judge also to legal relations created or established before the interpretative judgment and to make the conditions that allow you to bring to the courts a dispute concerning the application of that rule" (CJEU, C-61/79).

CJEU reserves the power to limit over time the scope of its judgments, which are so much interpretative (CJEU, C-43/75;

BROBERG; FENGER, 2014), in particular with respect to the principle of legal certainty. The existence of a challenge to the validity of an EU measure before the court is not sufficient to justify a question to CJEU for a preliminary ruling, since the judges can examine the validity of an EU measure and consider the grounds for refusal to be unfounded. On the other hand, when the courts consider one or more grounds for invalidity advanced by the parties to be fundamental or, if appropriate, they must suspend the proceedings and bring them before the CJEU for a preliminary ruling on grounds of invalidity (CJEU, C-344/04; BROBERG; FENGER, 2014). The article is essential for the protection of the unitary nature of the law established by the Treaties. Its purpose is to avoid divergences in the interpretation of EU law which national courts are called upon to apply both to guaranteeing such an application by providing the national court with the means of overcoming the difficulties which may arise from the imperfection of conferring that right fully effective within the legal systems of member states (CJEU, C-166/73; C-146/73; C-25/67; C-52/76). At the same time it provides, the internal judges and the individuals administered on the occasion and by means of national judgments, an instrument of direct participation in the construction of Union system and the protection of the positions identified. By means of a reference for a preliminary ruling, a centralized mechanism for interpreting Union law and verifying the validity (with characteristics different from those set out in article 263 TFEU) of the acts issued by the institutions, on the request of a national judge during the course, a judgment pending before him when he has doubts or doubts about the meaning or validity of a European Union law. CJEU also following some decisive positions taken by national courts is without prejudice to the possibility of invoking the preliminary ruling on the part of those who have proposed a judicial action or an equivalent complaint before the sentence itself (CJEU, C-41/84).

The right of reference cannot be limited by a possible contrary agreement of parties and/or by rules of domestic law as is also known through the case: C-166/73, Rheinmühlen Düsseldorf v. Einfuhr-Und Vorratsstelle Fuer Getreide and Futtermittel of 16 January 1974, where CJEU has ruled in this sense that: "(...) a rule of domestic law that obliges courts of the last instance to comply with legal assessments emanating from a judge of higher grade, cannot deprive these judges of the right to ask CJEU for a preliminary ruling of the rules of Community law on which the legal assessments relate (...)" (CJEU, C-166/73, par. 4).

After CILFIT ruling in judgment: Schipani v. Italy of 21 July 2015 of ECtHR were absorbed CILFIT criteria that had to be limited in the light of a more rigorous system of review of national judgments by the courts of last resort. CJEU judges in Strasbourg ,followed a wide margin of action granted to courts of last resort by CJEU, did not seem to conciliate with art. 6 ECHE. ECtHR in Strasbourg assessed whether the national court of last instance had provided adequate justification (in the context of exceptions set out in CILFIT ruling) to refuse to submit to CJEU the interpretative issues raised by the parties in the proceedings before it. In the refusal by the national court of last resort to refer to CJEU matter without giving any reason to justify its decision, it recognized a violation of article 6 ECHR, or of the right to a fair trial. The Schipani case confirmed the position already adopted by ECHR in Dhahbi v. Italy case of 8 April 2014. In both cases, was a sentence of the same Italian court, i.e. Court of Cassation, and in both of its decisions, the Court of Strasbourg did not assess whether the refusal to refer the matter to CJEU was legal or illegal, but only if it had been motivated or not. However, the Dhahbi v. Italy case of 8 April 2014 was not taken unanimously. In fact, judge Wojtyczek has issued an interesting dissenting opinion right from his statement: "(...) in this case I voted with my colleagues to find a violation of the Convention, however, I do not convince the thesis developed by the majority (...) it is undeniable that the right to a fair trial includes the obligation to adequately justify judicial decisions (...) (RAINEY; WICKS; OVEY, 2017; COSTA, 2017; TIMMERMANS, 2013).

Even if the national court has a certain margin of discretion in the selection of subjects and in the admission of evidence, the latter must however justify his actions by indicating the reasons for his decision. However, this does not mean that article 6 of the Convention requires a detailed answer for each topic. The extent of the obligation to state reasons may in fact vary according to the nature of the judicial decision in question and must be examined in the light of the circumstances of the case. According to judge Wojtyczek, the decision on the violation of article 6 ECHR for non-referral should not rely on an "automatic" criterion, by which it is sufficient for the judge to fail to justify his refusal to refer for a preliminary ruling the CJEU to trigger a violation of article 6 ECHR (RAINEY; WICKS; OVEY, 2017). Consequently, a question raised by the parties and based on EU law oriented on the obligation to submit a preliminary ruling to CJEU should correspond (in view of the principle

enunciated by the majority in Schipani) a particularly accurate response from part of the national judge. In this way, if the parties raise issues and arguments relating to EU law, they should be treated more favorably than other matters and arguments raised by the parties, especially criminal liability matters (ECtHR, 2011). According to judge Wojtyczek, this preferential treatment does not seem sufficiently justified on the basis of ECHR. These, in place of an "automatic approach", defends the applicability of the more cautious approach adopted by CJEU of Strasbourg in the Pronina v. Ukraine case of 18 July 2006, where CJEU stated that "(...) the question of whether a court has failed to state its decision (...) can therefore be examined only in the light of the circumstances of the case (...) " (HARRIS; O'BOYLE; WARBIRCK, 2014).

In fact, there are "Recommendations for the attention of national judges, concerning the presentation of requests for preliminary rulings" published since 6 November 2012 (Recommendations for the attention of national courts, concerning the presentation of requests for preliminary rulings, 2012 / C 338/01, Official Gazette 6/11/2012), which are in addition to the "information note on references for preliminary rulings by national courts"²⁷, adapting it to the changes introduced by the new Rules of Procedure which came into force on 1 November 2012. Recommendations have been elaborated by CJEU itself and are devoid of binding value. Point 6 of these, in fact, states: "these recommendations, which have no binding value, aim to integrate the third title of CJEU Rules of Procedure (articles 93-118) and to guide member states courts on the appropriateness of make a reference for a preliminary ruling, as well as provide practical information concerning the form and effects of such a reference". Nonetheless, CJEU, in C-292/09, Calestani and Lunardi of 13 January 2010 (CJEU, C-292/09)²⁸, referred for the first time the information note, reproaching, in essence, the

²⁷ For further details see: E. REID, Balancing human rights, environmental protection and international trade: Lessons from the EU experience, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2015.

²⁸ For further details see: U. KILKELLY, Children's rights, ed. Routledge, London & New York, 2017. X. GROUSSOT, G.T. PETURSSON, The EU Charter of the Fundamental Rights five years on. The emergence of a new constitutional framework?, in S. DE VRIES, U. BERNITS, S. WEATHERILL, The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument. Five years old and growing, Oxford University Press, Oxford, 2015. S.I. SANCHEZ, The Court and the Charter: The impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental Right, in Common Market Law Review, 49 (5), 2012, pp. 1566ss. T. TRIDIMAS, Fundamental rights, general principles of EU law and the Charter, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 16 (3), 2014, pp. 364ss. H. VON DER GROEBEN, J. SCHWARZE, A. HÄTJE, Europäisches Unionsrecht, ed. Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 820ss.

Italian court for not having consulted it in advance to correctly introduce a reference for a preliminary ruling. The request for a preliminary ruling did not make it possible to distinguish with exact certainty what the provisions of EU law specifically referred to by the judge for the interpretation.

The Recommendations under consideration also provide some clarifications on how the referral provision should be designed and drafted in order to enable it to provide a useful answer to the referring court. First of all, in the interests of the referring court and the parties to the main proceedings, which come from the most varied legal cultures and do not necessarily master the technical jargon or the court system of the referring court, it is therefore necessary to simplify the problems as much as possible of the case and the legal issues underlying it, as the doctrine comments, exposing them with simple language and without resorting to excessively long sentences. A similar style reflects, on the one hand, the work style of CJEU and, on the other hand, helps to simplify the work. In the Recommendations, under the heading "form and content of the request for a preliminary ruling", it is stated that the request must be motivated in a succinct but complete manner and must contain all relevant information so as to enable CJEU, as well as the interested parties, to submit comments, to correctly understand the legal and factual background of the dispute in national proceedings.

By the way in C-20/05, Schibbert of 8 November 2007 (BROBERG; FENGER, 2014), CJEU had stated that because the information provided in the preliminary ruling decisions should allow it to provide useful answers as well as giving member states governments and other interested parties the opportunity to submit comments pursuant to art. 20 of the Statute, it falls within its competence to ensure that this possibility is safeguarded, taking into account the fact that, pursuant to the aforementioned provision, only the referral decisions are notified to the interested parties. Thus, "(...) it is essential that the national court which raises the question provides a minimum of explanations on the reasons for the choice of (EU) rules of which it seeks interpretation and on the relationship which exists between those provisions and the national legislation applicable to the dispute (...)" (CJEU, C-20/05). Later, in point 25 of Recommendations, it is stated that the order should be structured using titles and subtitles and, above all, by numbering the paragraphs, as CJEU makes in its rulings. This undoubtedly favors the work of translation and the control of the various passages of the translated text. On the other

hand, in point 22, it is stated: "about ten pages is often sufficient to present the context of a request for a preliminary ruling in an appropriate manner". It is, in fact, useless to dwell on superfluous information that is not strictly necessary for the understanding of the issues raised and, in addition, an excessively long order risks to be partially translated or extracted. Point 22 goes on to point out that, although succinct, the order for reference must contain an exhaustive statement of the facts, an illustration of the elements of law which may be relevant and the reasons which led the national court to refer the matter to CJEU and, where appropriate, a reconstruction of the arguments developed by the parties in the main process, as well as, of course, the text of the question formulated at CJEU. In reality, as stated by CJEU in C-172/08, Pontina Ambiente case of 25 February 2010 (CJEU, C-172/08) the wording of the question is a relatively accessory element of the referral provision.

In that case, in fact, CJEU defended the position that, although the referring court had not expressly formulated questions, he had nevertheless provided sufficient information concerning both the factual and law elements which characterized the main proceedings, enable CJEU to understand the subject-matter of the request for referral and provide it with an interpretation of the relevant provisions of EU law that could be useful for the resolution of the dispute. As regards point 24 of Recommendations, finally, the referring court can, if it is considered able to do so, also succinctly indicate its point of view on the solution to be given to the questions referred for a preliminary ruling. In addition, as regards anonymity, since in the course of the preliminary ruling procedure CJEU takes over, in principle, the information contained in the order for reference, including the personal or personal data, it is therefore for the referral, if it deems it necessary, in itself, in its request for a preliminary ruling, to conceal certain data or to cover, with the anonymity, one or more persons or bodies involved in the main proceedings.

In conclusion, we can say that the interpretation binds in addition to the referring court even the higher courts that will be called to rule on the same cause in successive stages and degrees of judgment (e.g. endoprocessual effects). The effectiveness of interpretative sentences also extends beyond the main judgments (i.e. extra-judicial effects). This is for two reasons. These judgments, even though originating from a specific dispute, are of an abstract nature since they are intended to clarify the interpretation and the scope of Community provisions at stake. Because

of this declarative interpretation of CJEU unfolds its effects beyond the main quarrel. From this it follows that these judgments produce erga omnes effects not by virtue of their own regulatory force but by effect of the binding door of the same provisions interpreted. It must be considered that one of the fundamental aims of the reference for a preliminary ruling is to ensure the uniform application of Community law. The problem of temporal effects of preliminary rulings on interpretation must also be resolved having regard to the abstract nature and the declarative scope of such judgments. The described effect of incorporating the interpretation of CJEU into the text of the interpreted provision has as its logical consequence the retroactive effectiveness of the judgments in question.

8 PRECAUTIONARY MEASURES AND PRELIMINARY REFERENCE

CJEU has held that the principle of effective judicial protection of the rights conferred on individuals by EU law must be interpreted as meaning that it requires in member state's legal system that provisional measures may be granted until the competent court is pronounced on the compliance of national provisions with European law, when the granting of such measures is necessary to ensure the full effectiveness of the subsequent judicial decision on the existence of such rights (CJEU, C-432/05).

The national court may grant one or more precautionary measures on the condition that: the judge has serious reservations about the validity of the Union act and is directly responsible for making the reference for a preliminary ruling. The details of urgency should be used in the sense that provisional measures are necessary to prevent serious and irreparable damage. The judge takes full account of Union's interest. In assessing all these assumptions, the national judge respects CJEU decisions or of the court concerning the legitimacy of Regulation or an order in the interim proceedings aimed at granting the right in the union of similar precautionary measures (C-465/93).

Personal precautionary measures require for their application: the existence of serious indications of guilt and precautionary requirements. For these "precautionary requirements" we mean: a) the risk of pollution of the tests, provided that it is a concrete and current hazard; b) the risk of flight of the accused (the accused has fled or there is a real danger of his escape), provided that the judge considers that a sentence of more than

two years imprisonment may be imposed; c) the risk of recurrence of the crime, i.e. the existence of concrete danger that the investigated subject commits with the use of weapons or other means of personal violence or directed against the constitutional order or crimes of organized crime, or rather more frequent of the same species than that for which it proceeds. In the latter case, precautionary custody may be ordered only if the maximum penalty provided for the crime in question is equal to or greater than four years. C-167/15, X v. Presidency of the Council of Ministers of 28 February 2017 (CJEU, 2017) deals with the general system of compensation for victims of crime. In particular, the national court questions CJEU about the interpretation of art. 12, par. 2, of Directive 2005/80/EC.

Since these are procedures of a different nature, they cannot be formally gathered pursuant to art. 54 of CJEU Rules of Procedure, but nothing excludes and indeed it is reasonable to believe that CJEU will dispose a joint discussion hearing for the two cases, according to what is allowed by art. 77 of its Regulation (CJEU, C-108/16). Directive 2004/80/EC of the Council of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims (EUROPEAN UNION, 2004, P. 15-18) is also of the same spirit. To this is added the Resolution 2897 of the European Parliament of 15 December 2011 on detention conditions in EU, which invited the Commission and EU institutions to make a legislative proposal on the rights of persons deprived of their liberty and to develop and apply minimum rules for prison and detention conditions, as well as uniform standards for the compensation of unjustly detained or convicted persons. In particular, EU Parliament considers that common minimum standards of detention should be applied in all member states and underlines the importance of granting specific protection to the detained mothers and their children, including through the use of alternative measures to detention in the best interest of the child.

Regarding the procedural road of emergency measures, we recall article 104b which provided for the urgent preliminary ruling procedure, simplifying the various stages of the proceedings before CJEU and which could only be requested if it was absolutely necessary for CJEU to rule on referral as soon as possible. The circumstances of law and fact that proved urgency should also be set out in the application, highlighting the risks that would have been incurred if the reference had followed the normal course of the preliminary ruling procedure. This is to allow CJEU to quickly decide whether or not the conditions exist for the application of PPU. Rules of Procedure, in art. 104 ter of the old Rules of Procedure, in a text

substantially incorporated the new Regulation, identified the procedure to be followed, establishing that this could be requested by the national court, illustrating the circumstances of law and fact that, in its opinion, "urgency and justify the application of this derogatory procedure".

In that request, which did not necessarily have to be contextual to the actual reference, the national court was also required to indicate, and "as far as possible", the solution to the questions which it considered most appropriate. If there had been no request to do so, but the use of PPU would appear appropriate in the light of the characteristics of the main proceedings, the President of CJEU, exceptionally, could also solicit the assignee of the case to verify the need for submit the reference to the said procedure. The decision to refer a matter to the urgent procedure was adopted by the section, once the report by the judge Rapporteur has ended and after hearing the Advocate General. The article then continued prescribing the duties of notification (whether the judge decided to submit or that he decided not to do so) referred to in article 23, letter. a) of the Statute under the conditions provided for in that provision and stated that the decision referring to the urgent procedure set the deadline by which the persons referred to in art. 23 could file memoranda or written observations. Furthermore, the decision could specify the points of law on which those pleadings or written observations were to concern and could also set the maximum length of those writings. Nonetheless, the section, in cases of extreme urgency, was free to decide to omit this written phase. As soon as the notification referred to above was made, the reference for a preliminary ruling and the decision to refer or not the urgent procedure were also communicated to the persons referred to in article 23 of the Statute other than the addressees of the notification, the latter and the data subjects were informed as soon as possible of the foreseeable date of the hearing. The preliminary reference to the urgent procedure, as well as the written submissions or observations filed, were notified to the interested parties referred to in article 23 of the Statute, different from the parties. Finally, as regards the designated section, art. 104b to the fifth paragraph, established that it could decide to meet in the college of three judges or to refer the case to the CJEU for the purpose of its assignment to a wider judging panel.

In reality, the provisions are almost repeated in the Regulation of CJEU procedures of 23 April 2015 without any particular news, if not the fact, of a reorganization of this discipline in a number of provisions, which facilitate its comprehension and operation. As a consequence, articles 107

and 108 consistently repeat what was stipulated in the old regulation of art. 104ter, par. 1 (CJEU, C-491/10). The only change is the replacement of the expression "national judge" with "referring court". PPU can be activated at the request of national court or, exceptionally, ex officio at the request of the president of CJEU. This exceptional nature of the request by the President is demonstrated by the fact that, to date, there has been only one urgent preliminary ruling procedure ordered ex officio. Of particular importance are the completeness and clarity of PPU application, since it must explain the circumstances of law and fact that prove urgency (even if no indication is given about the circumstances to prove the urgency) and the risks you would incur if the reference followed the normal procedure.

To the extent possible, the referring court is also invited to briefly clarify its point of view on the solution to be given to the question or proposed questions, so as to facilitate the position of interested parties involved in the procedure, as well as CJEU decision, thus contributing to the speed of the same. Article 109, on the other hand, with regard to the written procedure for the urgent procedure, prescribes that the decision to treat or not the reference for a preliminary ruling by an emergency procedure must be notified immediately to the referring court and to member state parties to which the referring court belongs to the European Commission and to the institution that has adopted the act on which its validity or interpretation is contested. As was the case in article 104b, the decision to treat the reference by an emergency procedure sets the time limit within which the latter may lodge written observations or written observations and may specify the points of law on which they must relate and the maximum length of those acts. Furthermore, where a request for a preliminary ruling refers to an administrative or judicial proceeding in a member state other than that to which the referring court belongs, CJEU may invite that member state to provide any clarification deemed useful. It should be noted that, given the nature of PPU, which is dealt with by an ad hoc section of CJEU, there is a limitation regarding the identification of the persons authorized to submit written observations, while participation in the hearing is extended to all set off. Also with regard to the written procedure, the new Regulation establishes that, after being notified, the request for a preliminary ruling must be communicated to the "interested parties referred to in article 23 of the Statute other than the recipients of the notification", and the decision to treat or not the postponement by an emergency procedure must be communicated to them as soon as the

referring court and the parties, to the member state to which the referring court belongs, he European Commission and to the institution which adopted the referral an act whose validity or interpretation is contested. In addition, the persons referred to in article 23 of the Statute must be informed as soon as possible of the foreseeable date of the hearing. Once the written procedure in the urgency procedure has ended, the reference for a preliminary ruling and the written submissions or observations filed must be notified to the persons referred to in article 23 of the Statute, other than the parties and persons referred to in the first paragraph of article 109.

As it was in art. 104b, the request for a preliminary ruling must be accompanied by a translation and possibly by a summary. Furthermore, art. 104 ter is also reported literally with regard to the notification of the pleadings or written observations and with regard to the date of the hearing. According to article 111, the written procedure can be omitted if decided by the designated section in cases of extreme urgency. Then, whether the written phase takes place or not, the designated section states, after hearing the Advocate General. As in the old Rules of Procedure, it may decide to meet in a panel of three judges: the chairman of the designated section, the judge and the first or, possibly, the first two judges appointed on the basis of the list provided for in article 28, paragraph 2, of Regulation. The section designated, as established by art. 113, can also ask CJEU to assign the case to a wider panel of judges and the urgent procedure continues before the new panel, if appropriate after the reopening of the oral procedure. To conclude, once again they do not reveal any new features with respect to art. 104-ter of the old Regulation as regards the transmission of procedural documents. Article 114 of the Rules of Procedure, in referring to art. 106 of the same document, provides that the transmission of documents to the registry can be done by "fax or any other technical means of communication available to CJEU and the recipient". In the old regulation, in the same way, the transmission of the documents in PPU took place by means of a "telecopier or any other technical means of communication available to CJEU and the addressee". It should be noted that the terms fax and fax are synonymous.

There are few innovations compared to the text of the old regulation, except for the important fact that today, unlike the old Regulation, the urgent preliminary ruling procedure is finally governed by a number of provisions that will make it easier to understand and operation. Lastly, it should be noted that, in the new Regulation, it is finally possible for CJEU to invite a member state other than that of the referring court

to submit written observations or to reply in writing to certain questions that may arise in the course of a PPU. The rationale for this prediction lies in the fact that during the course of its evolution, PPU has witnessed an increasing number of causes, such as those relating to the European arrest warrant and the surrender procedures between member states or related to the matter, i.e. marriage and parental responsibility, which often affect the interests of two, if not several member states. Once the discipline of the urgent preliminary ruling procedure contained in the Rules of Procedure of CJEU has been dealt with, it is necessary to conclude with the discipline deriving from the second part of the Recommendations we have analyzed in the first chapter regarding the preliminary reference, entitled "Special provisions concerning urgent references for preliminary rulings". In case: C-241/15, Niculaie Aurel Bob-Dogi of 1st June 2016 (CJEU, C-241/15), CJEU is called once again to rule on the interpretation of Framework Decision 2002/584/JHA on the European Arrest Waarant (EAW) and the delivery between member states. In particular, it must establish (1) whether, for the purposes of the application of art. 8, par. 1, lett. c) of the aforementioned Framework Decision, with the expression "existence of an arrest warrant" should be understood as a national-internal arrest warrant issued in accordance with the rules of criminal procedure of the issuing member state, and therefore distinct from the EAW, and (2) if the answer to the first question is in the affirmative, if the non-existence of a national-internal arrest warrant may constitute a ground for implicit non-execution by EAW.

The second part of Recommendations (for the attention of national courts, concerning the presentation of requests for preliminary rulings, 2012/C 338/01, OJ 6/11/2012) opens the conditions for applying the accelerated procedure and the procedure urgency and stating that the application of such proceedings is decided by CJEU, on the basis of a reasoned request by the referring court or, exceptionally, ex officio, where the nature or specific circumstances of the case make it appear indispensable. Subsequently, in order to illustrate the constraints related to the urgency procedure, CJEU traces the features of the accelerated procedure stating that, given that this procedure imposes relevant constraints to all the participants in the same and, in particular, to the whole of the invited member states to submit written or oral observations in much shorter terms than ordinary ones, its application must be requested only in special circumstances, which justify a quick ruling by CJEU on the issues

proposed. Having said that on the accelerated procedure, therefore, CJEU affirms that the urgent procedure, which only applies in the areas referred to in Title V of Part Three of TFEU, concerning the area of freedom, security and justice, imposes more stringent to the participants "since it limits, in particular, the number of parties authorized to submit written observations and allows, in cases of extreme urgency, to completely omit the written phase of the proceedings before CJEU" (OPPERMANN; CLASSEN; NETTSHEIM, 2016).

Consequently, CJEU continues, "the application of this procedure must be applied only in circumstances where it is absolutely necessary for CJEU to rule on questions referred by the referring court as soon as possible(...)" (OPPERMANN; CLASSEN; NETTSHEIM, 2016). Then, in point 40, Recommendations provide examples of such circumstances (without providing an exhaustive list). CJEU states that "in particular because of the diversified and evolving nature of Union's rules governing the area of freedom, security and justice, it may be appropriate for a national court to decide to submit an application for an urgent preliminary ruling procedure, example, in the case referred to in the fourth subparagraph of article 267 TFEU, of a person detained or deprived of liberty, if the solution given to the question raised is decisive for assessing the legal position of that person" (OPPERMANN; CLASSEN; NETTSHEIM, 2016).

Recommendations invite the referring court to set out precisely the legal and factual circumstances which demonstrate the urgency and, in particular, the risks involved if the postponement were to follow the ordinary procedure, in order to allow CJEU to decide quickly whether the urgent preliminary ruling procedure should be applied. Moreover, "as far as possible", the referring court must briefly specify its point of view on the solution to be given to the questions proposed. This clarification, emphasizes CJEU, "facilitates the position of the parties to the main proceedings and of the other interested parties involved in the proceedings, as well as CJEU decision, and thus contributes to the speed of the procedure (...)" (OPPERMANN; CLASSEN; NETTSHEIM, 2016). Point 43 further states that the application for the accelerated procedure or the urgency procedure must be presented in an unambiguous form, allowing CJEU Registry to immediately ascertain that the file requires specific treatment. The referring court wishing the criminal case to be dealt with by an emergency procedure will therefore have to specify the type of procedure requested and include in its application a reference to the

relevant article (article 107) of the Rules of Procedure. This mention must appear in a clearly identifiable point in the decision to refer (for example, in the heading or by a separate judicial document) or, possibly, in a letter accompanying the referring court which can properly mention the request. Furthermore, compared to the ordinary referral procedure, CJEU submits that the summary nature of the order for reference is even more important if it is an urgent preliminary ruling procedure because it contributes to the speed of the procedure. Furthermore, communications with the referring court and with the parties to the proceedings also need to be speeded up and facilitated. For this reason, the judge submitting an application for the accelerated or the urgency procedure is asked to indicate the e-mail address, and possibly the fax number, which can be used by CJEU, as well as e-mail addresses, and possibly fax numbers, representatives of the parties involved. The discussion of postponement and application can start from the receipt of this copy, but the original of these documents must however be sent to CJEU Registry as soon as possible.

Recommendations we have just dealt with play a very specific role in our discussion. These go to provide a kind of link between the provisions of the Rules of Procedure, which are binding rules governing the operation of the preliminary ruling procedure to CJEU (CJEU, C-388/08) and the practice developed by CJEU itself through its jurisprudence. Although lacking a compulsory nature, these provide useful information to the referring courts who are preparing to appeal to CJEU. The vast majority of CJEU judges have had the opportunity to deal with a case which is the subject of a request for an urgent preliminary ruling procedure and five judges have always taken part in the work of sections which have always been competent, even though pursuant to article 104b, paragraph 5 of the Rules of Procedure (which is no longer in force and replaced by articles 107 and 108 of the new Regulation), the designated section may decide to meet in a panel of three judges. Only in case: C-357/09, Kadzoev of 30 November 2009 (CJEU, C-357/09; BROBERG; FENGER, 2014), the designated section decided to refer the case to CJEU for the purposes of its allocation to a larger panel (the Grand Section) (CJEU, C-195/08; C-211/10; C-400/10; C-497/10)²⁹. More importantly, what the rapporteur

²⁹ For further details see: C. BRIÉRE, A. WEYEMBERHG, *The needed balances in EU criminal law: past, present and future*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017. A. PIETER VAN DER MEI, *The European arrest warrant system: Recent developments in the case law of the Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24 (6), 2017, pp. 884ss. K. AMBOS, *European criminal law*, op. cit. M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, op. cit.,

draws the attention to is the fact that the management of the cases subject to the urgent procedure was, from time to time, particularly demanding for the section concerned.

Lastly, the last points raised by the rapporteur were: the practice followed by CJEU with regard to decisions to initiate the emergency procedure or not and the method of communication (CJEU, C-155/11). With regard to the first point, the Report highlights how the practice of PPU precludes a duty to state reasons for decisions that are favorable or contrary to the initiation of an urgent procedure. Furthermore, through an analysis of the factual and legal circumstances in which the urgent preliminary ruling procedure was granted, the President of CJEU pointed out that in two types of situations CJEU will promptly rule: a) when there is a risk of a irreparable impairment of the parent-child relationship, for example where repatriation of a child deprived of contact with one of his parents is involved (such as Rinau Detiček, Povse, McB, Aguirre Zarraga and Mercredi), or family reunification (in the case of Imran b) when the person is in custody and the maintenance of the latter depends on the answer requested to CJEU (instead in cases: C-296/08 PPU, Santesteban Goicoechea of 12 August 2008 (CJEU, C-296/08; BROBERG; FENGER, 2014), Leymann e Pustovarov, Kadzoev, Gataev e Gataeva (CJEU, C-105/10) and Hassen El Dridi) (CJEU, C-61/11; BROBERG; FENGER, 2014).

This practice does nothing more than conform to what CJEU stated in its information note of 28 May 2011 on the introduction of preliminary rulings by national courts. It was stated: "(...) a national court could decide to present a request for an urgent preliminary ruling procedure in the presence, for example, of the following situations: in the case referred to in art. 267, fourth paragraph, of TFEU, of a person detained or deprived of liberty, if the solution given to the question raised is decisive for assessing the legal situation of that person, or in a dispute relating to parental responsibility or custody of children, where the jurisdiction of the court seised under EU law depends on the solution given to the question referred for a preliminary ruling" (T. OPPERMANN, C.D. CLASSEN, M. NETTESHEIM, 2016). A further point of reference for CJEU's practice to apply the urgent preliminary ruling procedure in situations of deprivation of liberty; principle taken by article 267, lett. 4, TFEU. With regard to the second point, that is to say the means of communicating the documents (both within and with the interested parties), on the other hand, it is highlighted in the Report that this was done electronically thanks to

the preparation of "functional boxes", specifically devoted to exchanges relating to the urgent preliminary ruling procedure. The advantage of these "functional boxes", according to those who drafted the Editorial Staff, has become "relative to the speeding up of the transmission of the information that was expected", even if it should be recognized that they have allowed to place the communications relating to an urgent preliminary ruling procedure in a separate area, subject to particular and continuous attention, thus contributing to keeping all the subjects involved in a state of alert.

It is clear from the report analyzed here that the reference period made it possible to refine the urgent preliminary ruling procedure by CJEU. For this reason, what emerges is also the warning that, even if the resources were up to this moment sufficient for the efficiency of the system, the significant increase in motivated applications could have required considerable efforts to maintain the objectives repercussing on the treatment of the other causes. The rationale of the procedure in question, therefore, can only be understood in the light of the increasing legislative activity in the area of freedom, security and justice and in the light of the need in this area, as indeed for the application of all Union law, Union rules are implemented in a uniform manner throughout the EU territory.

It is important to note, in this regard, that the needs of the area of freedom, security and justice are often characterized by urgency (OPPERMANN; CLASSEN; NETTSHEIM, 2016), to which the ordinary preliminary ruling, which has a more complex procedure, cannot be answered quickly. The urgent procedure is therefore intended to enable CJEU to deal with the most sensitive issues, such as those involving the temporary deprivation of a person's freedom or those related to parental responsibility or custody of children, against which national judges, already worried about the time of national justice, could be unwilling to postpone the trial proceedings to CJEU, with the result of a further lengthening of the time trial. The notion of urgency (CJEU, C-477/16; C-453/16; C-452/16; C-439/16) should be understood and referred to the need to provide a judicial definition of hypothesis in which personal freedom or the physical and mental integrity of the person are at stake, as in the hypotheses, in fact, of custody of the children or relating to a detained person or deprived of freedom.

9 A "TRANSVERSAL" INTERPRETATION AND THE FUTURE OF THE EUROPEAN UNION'S JUDICIAL SYSTEM

The draft reform in question undoubtedly poses fewer "political" problems than those that led to the doubling of the number of EGC judges and therefore seems to be able to affirm that it should be able to be approved more quickly. At that point, the jurisdictional architecture of the Union would be really distorted with respect to the sketch drawn in Nice, as already art. 225 EC (now Article 256 TFEU), in par. 1, finally, that the articles of association may provide that the EGC is competent for categories of (direct) appeals in the first part of the rule and other than the jurisdiction in preliminary rulings, which is addressed by par. 3 of the same forecast. In any case, it should still be in line with-or at least not prejudice-at least two of the three objectives set out by the Group of Experts set up by the EC in 1999 to propose reforms to the Union's judicial system, in particular to ensure that maintaining uniformity and consistency of EU law and safeguarding the judicial protection afforded to citizens, Member States and institutions, and ensuring that the quality of the process is not undermined. On the contrary, not a few doubts arise-at least in relation to the first of the planned reforms-with regard to the third of the objectives identified by the Group of Experts, consisting of reducing the timing of decisions, possibly strengthening their impact in national laws.

If the project in question can be read as a positive signal to the extent that it reinforces the role (and the perception itself) of the CJEU as a (almost exclusively) "constitutional" (and) judge of the preliminary reference, it raises some doubts about effectiveness of the infringement procedure in a short time. And it seems then to be able to explain not so much in light of the need to reduce the workload of the CJEU-to retain the only (or almost) references for preliminary rulings-but to give new work to today's forty-seven (rectius, forty-six, as seen), and in the near future (as a result of the Brexit) fifty-four, judges of the EGC, thus confirming the need for their ("sweaty") doubling.

However, even the numbers of the infringement procedures instituted before the CJEU and those that it has decided in recent years have doubts about the real necessity of the reform (or at least reflect on its premature nature), even in the face of the number of causes that would continue to be judged by the apex judge in virtue of the exceptions dictated by the new art. 51, par. 1 of the Statute and the hypothesis of "postponement"

of the exercise of the competence from the EGC to the CJEU. And, what is worse, in view of the fact that the "generalized" referral of jurisdiction to the EGC risks reducing the deterrent effectiveness of the infringement procedure, in contrast to the changes that have always been made to it (and to the studies that followed over the years with the aim of finding solutions that would increase their deterrence, indeed, and certainly not reduce it). In fact, the jurisdiction entrusted to the EGC in first instance implies an overall extension of the procedure, the judgments adopted by it being able to be challenged and, therefore, of further scrutiny by the CJEU. It is true that the non-compliance is always crystallized at the expiry of the deadline set in the reasoned opinion, but the State would feel "free" to remain in default longer (or at least that risk is particularly high), until the decision of the CJEU. The disincentive seems to be the circumstance that the appeal does not normally have a suspensive effect and, therefore, the fact that the State should in any case eliminate the infringement already from the moment of its verification by the EGC. Just as it would serve, in our opinion, the corrective-referred to the aforementioned modification of the art. 61 of the Statute-for which the CJEU, in the pourvoi, would decide definitively without referring to the EGC: this because two degrees of judgment still require longer times than a single proceeding. Furthermore, the reduction in deterrence would also be found with respect to the possible launch of the second infringement procedure pursuant to art. 260, par. 2, TFEU, also postponed over time, not long-term-noting the fact that the coefficient of duration of the default to calculate the lump sum would in any case be determined in relation to a later time period.

It also can not go unnoticed as this temporal expansion of the procedure would have negative repercussions also on individuals (natural and legal persons): consider, for all, the jurisprudence on the responsibility of the State for violation of EU law which considers proven to be serious and manifest of the violation in the presence of a ruling to ascertain the non-compliance or preliminary ruling (which also identifies the non-compliance of national law with the law of the Union being interpreted) (LAZOWSKI; BLOCKMANS, 2016). Evidently, the longer it takes for the EU judge to ascertain the fault of the State, the harder it will be for the individual affected by the breach to prove the most difficult of the three conditions laid down by the Luxembourg court to obtain compensation for the damage suffered, precisely) the serious and manifest violation.

Even this last observation makes it clear that the Member States, on the other hand, should instead welcome the amendment in question, gaining time before it comes to a definitive assessment of the infringement (whose "faults", even at the level of internal politics, they may perhaps be leaning against the previous or subsequent Government).

In this perspective, if the aim should be to not see reduced the deterrence of the infringement procedure, little meaning would have really generalized, without exceptions and without possible referrals to the CJEU, the competence of the EGC, because in a greater number of cases we would find the negative effects tested. One might rather ask why not to ban the appeals of the decisions issued by the EGC, issued at the end of the infringement procedure. The States would hardly accept to be judged in first and only degree by the EGC, but because to assure them a double degree of judgment in a procedure that historically has never contemplated it and that, as seen, is not indispensable from the point of view of respect of fundamental rights, not being a criminal matter? (CRAIG; DE BÚRCA, 2015).

Perhaps, to enhance the role of the EGC (and ensure a workload appropriate to all judges, once it is in full ranks) and avoid an almost systematic appeal of its decisions with a consequent increase (rather than reduction) of the load of the CJEU (which at least formally seems a ratio underlying the reform) (COHEN, 2017), one could then at least envisage a system of filtering the appeals (also) with respect to the rulings of the EGC issued at the outcome of the infringement procedures. The eligibility criteria may be the same or similar to those envisaged by the reform project as regards the postponement of the jurisdiction from the EGC to the CJEU (which in fact coincides with the hypotheses in which article 256, paragraph 3, TFEU provides for a deferral of the preliminary ruling by the trial judge to the CJEU), and in particular the need to make decisions on matters of principle, or constitutional significance, and to ensure the unity and coherence of Union law. It is recalled that the draft reform of the Statute is currently being examined by the EP and the Council and that the position of the EC, called to provide an opinion pursuant to art. 281 TFEU and whose observations have always played an important role in the statutory changes (VON DER GROEBEN; SCHWARZE; HATJE, 2015).

Waiting to know the developments of the legislative process, it seems opportune still a brief reflection on the sidelines of the proposal in question, concerning a further modification of the art. 51 of the

Statute, also (as the second proposed reform today to be examined by the legislator) discussed internally at CJEU a few years ago, but never formalized. This is a revision aimed at granting the CJEU first and only instance the jurisdiction over damages actions (pursuant to article 268 TFEU) (MILITARU, 2013; GUTMAN, 2011; LECZYKIEWICKS, 2013) caused by one of the jurisdictions of the CJEU for violation of the principle of reasonable duration of the process. Although the practice has shown that these are marginal cases, since the cases now filed before the EGC due to an unlawful judicial request (although in different composition) are very limited, it is indeed reasonable that the CJEU decided not to submit to the EP. It is in fact quite clear that the current system of division of competences has proved to be absolutely unsatisfactory from the point of view of compliance with the reasonable period of judgment: almost four years after the introduction of compensation actions before the EGC, appeals are still pending before the CJEU.

CONCLUSION

In conclusion, we can say that the modification in question, on the other hand, in the face of a single degree of judgment, would allow us to obtain compensation more quickly, satisfying requirements of procedural economy and impartiality (full) of the judicial body. Of course such impartiality could be "cracked" again where the offense was challenged at the CJEU rather than at the EGC. Since it is not conceivable that the control of the CJEU's work is left to the primary care court, it could not re-propose the current operational solution for the EGC, namely the assessment of the responsibility of the CJEU by a different judicial section the offense is charged (DOMENICUCCI; MUGUET-POULLENNEC, 2017).

It is true, however, that the cases in which the infringement of the reasonable duration of the trial could be held responsible (exclusively) for the CJEU seem to be very limited. This does not seem to be foreseeable in the proceedings arising from a preliminary reference, given the increasingly reduced (and not further compressible) times in which the CJEU comes to a decision, even if it does not resort to the accelerated procedure or the urgent preliminary ruling procedure, nor does it resolve the case with an order pursuant to art. 99 RP CG, but operate according to the "ordinary" rules of the preliminary ruling procedure (BECK, 2012). In direct actions the CJEU has jurisdiction in the first and only degree (today still in all

infringement procedures and) with regard to inter-institutional conflicts and appeals promoted by the Member States according to the specifications set forth in art. 51 of the Statute: with respect to this dispute, it does not seem possible to establish an action of non-contractual liability brought by an Institution or, indeed, by a Member State against the Union (assuming that the matter is resolved on a different plan from the strictly legal one) (LIAKOPoulos, 2018b). The same could be said about the possible transfer of jurisdiction to the EGC of the infringement procedures, with a judgment in the appeal before the CJEU. Finally, and more generally with respect to the pourvois—which can also be promoted by natural and juridical persons—the organizational and procedural changes made with the refinery in 2012 (GAUDISSERT, 2012; GUTIERREZ-FONS, 2014) seem nevertheless to largely avert the risk in question (GREER; GERARDS; SLOWE, 2018).

The procedure to be followed, however, in the light of the new Rules of Procedure of CJEU, and as outlined in the case law, prescribes that the national court requesting urgent preliminary reference must illustrate the circumstances of law, prove the necessity and justify its application. In this request, which does not necessarily have to be contextual to the actual postponement, the national judge will be obliged to indicate also, and "as far as possible", the solution to the questions posed that it considers most appropriate. It is then possible, as pointed out above, the President of CJEU to solicit a ruling on the opportunity to follow this procedure. According to CJEU position, the text of art. 23 bis, which provides the establishment of preliminary ruling postponement relating to the area of freedom, security and justice, a procedure of urgency, does not appear suitable to put a limit to the same art. 267 TFEU, fourth paragraph. A different interpretation would make the rule of the Treaty meaningless. In fact, thanks to the emergency procedure, the protection of those citizens who are subject to restrictive measures of personal liberty is unquestionably high, providing that, under certain circumstances, CJEU is active and decides in the shortest possible time.

This innovation is nothing more than the acknowledgment by the Union of the ever-increasing pervasiveness of EU's legal system in all the legal systems of member states, even in those sectors which were once considered to be subject to the exclusive jurisdiction of the states. Article 267, fourth paragraph, therefore, arises from the development of the European integration system and the Union's material competences,

from the intense curial activity and from the need to protect particularly sensitive legal positions. The court of justice plays a fundamental role in this system. Not only that, it is now competent to give preliminary rulings, without restrictions, on all aspects of the area of freedom, security and justice, but contributes to the creation of a common area of criminal justice, to be achieved through the strengthening of procedural rights of suspects and defendants in criminal proceedings.

The preliminary ruling procedure provided for in article 267 TFEU thus constitutes the keystone of the judicial system in EU which, as stated by the Court (CJEU, C-614/14), establishes a judicial dialogue between CJEU and member states courts, aims to ensure the unity of interpretation of EU law, thus allowing the coherence, full effectiveness and autonomy of this right to be ensured and, ultimately, the special character of the legal system established by the Treaties.

REFERENCES

BARNARD, C.; PEERS, S. **European Union law**. Oxford University Press: Oxford, 2017, pp. 586ss.

BECK, G. **The legal reasoning of the Court of Justice of the European Union**. Hart Publishing: Oxford & Oregon, Portland, 2012.

BROBERG, M.; FENGER, N. **Preliminary references to the European Court of Justice**. Oxford University Press, Oxford, 2014.

CHALMERS, D.; DAVIES, G.; MONTI, G. **European Union law**. Cambridge University Press: Cambridge, 2014.

CJEU, C-102/81, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG of 23 March 1982,
ECLI:EU:C:1982:107, I-1095.

CJEU, **C-102/81**. Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG of 23 March 1982.

CJEU, C-104/10, Kelly of 21 July 2011, **ECLI:EU:C:2011:506**, I-06813.

CJEU, C-105/10 PPU of 3 April 2010,
ECLI:EU:C:2010:176, not published.

CJEU, C-107/76, Hoffman-La Roche AG v. Centrafarm
Vertiebsgesellschaft Pharmazuetischer Erzeugnisse mbH of 24 May
1977, **ECLI:EU:C:1977:89**, I-00957.

CJEU, C-108/16, Dworzecki of 24 May 2016, **ECLI:EU:C:2016:346**,
published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, C-113/75, Frecassetti v. Amministrazione delle finanze dello Stato
of 18 June 1976, **ECLI:EU:C:1976:89**, I-00983.

CJEU, C-114/99, Roquette Frères of 17 October 2000,
ECLI:EU:C:2000:568, I-08823.

CJEU, C-126/80, Salonia v. Posdomani e Giglio of 16 June 1981,
ECLI:EU:C:1981:136, I-01563.

CJEU, C-155/11 PPU, Mohammad Imran of 10 June 2011,
ECLI:EU:C:2011:387, I-05095.

CJEU, C-166/73, Rheinmühlen Düsseldorf v. Einfuhr-und
Vorratsstelle für Getreide ubd Futtermittel of 16 January 1974,
ECLI:EU:C:1974:3, I-00033.

CJEU, C-166/73, Rheinmühlen Düsseldorf v. Einfuhr-Und
Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel of 16 January 1974,
ECLI:EU:C:1974:3, I-00033.

CJEU, C-166/73, Rheinmühlen I of 16 January 1974,
ECLI:EU:C:1974:3, I-00033.

CJEU, C-167/15, X v. Presidenza del Consiglio dei ministri of 28
February 2017, **ECLI:EU:C:2017:187**, non published.

CJEU, C-171/16, Beshkov of 21 September 2017,
ECLI:EU:C:2017:710, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, C-172/08, Pontina Ambiente of 25 February 2010,
ECLI:EU:C:2010:87, I-01175.

CJEU, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo of 13 June 2006,
ECLI:EU:C:2006:391, I-05177.

CJEU, C-173/09, Elchinov of 5 October 2010,
ECLI:EU:C:2010:581, I-08889.

CJEU, C-179/00, Gerald Weidacher v. Bundesminister für Land und
Forstwirtschaft of 15 January 2002, **ECLI:EU:C:2002:19**, I-00501.

CJEU, C-179/84, Bozzetti/Invernizzi of 9 July 1985,
ECLI:EU:C:1985:306, I-02301.

CJEU, C-181/73, Haegemann v. Belgium of 30 April 1974,
ECLI:EU:C:1974:41, I-00449.

CJEU, C-188/92, TWD Texitwerke Deggendorf v. Bundesrepublik,
Deutschland of 9 March 1994, **ECLI:EU:C:1994:90**, I-00833.

CJEU, C-192/89, Sevinc v. Staatssecretaris van Justitie of 20 September
1990, **ECLI:EU:C:1990:322**, I-03461.

CJEU, **C-195/08 PPU**. Rinau of 11 July 2008.

CJEU, C-198/01, CIF of 9 September 2003,
ECLI:EU:C:2003:430, I-08055.

CJEU, C-20/05, Schwibbert of 8 November 2007,
ECLI:EU:C:2007:652, I-09447.

CJEU, C-210/06, Cartesio of 16 December 2008,
ECLI:EU:C:2008:723, I-09641.

CJEU, C-212/04, Adeneler and others of 4 July 2006,
ECLI:EU:C:2006:443, I-06057.

CJEU, C-213/89, The Queen v. Secretary of State for
transport ex parte Factortame Ltd and others of 19 June 1990,
ECLI:EU:C:1990:247, I-02433.

CJEU, C-216/82, Universität Hamburg of 27 September 1983,
ECLI:EU:C:1983:248, I-02771.

CJEU, C-24/92, Corbiau of 30 March 1993,
ECLI:EU:C:1993:198, I-01277.

CJEU, C-24/92, Corbiau v. Administration des contribution of 30 March
1993, **ECLI:EU:C:1993:118**, I-01277.

CJEU, C-241/15, Bob-Dogi of 1st June 2016,
ECLI:EU:C:2015:385, not published.

CJEU, C-241/15, Niculaie Aurel Bob-Dogi of 1st June 2016,
ECLI:EU:C:2016:385, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, C-246/80, Broekmeulen of 6 October 1981,
ECLI:EU:C:1981:218, I-02311.

CJEU, C-253/94 P, Roujanski v. Council of 13 January 1995,
ECLI:EU:C:1995:4, I-00007.

CJEU, C-278/12, Atiqullah Adil contro Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel of 19 July 2012, **ECLI:EU:C:2012:278**, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, C-28-30/62, Da Costa en schaake NV v. Administratieve der belastingen of 27 March 1963, **ECLI:EU:C:1963:6**, I-00061.

CJEU, C-283/81, CILFIT v. Ministero della sanità of 6 October 1982,
ECLI:EU:C:1982:335, I-03415.

CJEU, C-283/81. CILFIT v. Ministero della Sanità of 6 October 1982,
ECLI:EU:C:1982:335, I-03415.

CJEU, C-292/09, Calestani and Lunardi of 13 January 2010,
ECLI:EU:C:2010:7, I-00001.

CJEU, C-294/16, JZ of 28 July 2016, **ECLI:EU:C:2016:610**, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, C-296/08 PPU, Santesteban Goicoechea of 12 August 2008,
ECLI:EU:C:2008:457, I-06307.

CJEU, C-296/08 PPU, Santesteban Goicoechea of 12 August 2008,
ECLI:EU:C:2008:457, I-06307.

CJEU, C-314/85, Foto-Frost v. Hauptzollamt Luebeck-Ost of 22 October 1987, **ECLI:EU:C:1987:452**, I-04199.

CJEU, C-318/85, Regina Greis Unterweger of 5 March 1986,
ECLI:EU:C:2011:106, I-00955.

CJEU, C-322/88, Grimaldi of 13 December 1989,
ECLI:EU:C:1989:646, I-04407.

CJEU, C-33/65, Dekker v. Bundesversicherung für Angestelte of 1st December 1965, **ECLI:EU:C:1965:118**, I-01111.

CJEU, C-338/85, Pardini of 21 April 1988,
ECLI:EU:C:1988:194, I-02041.

CJEU, C-344/04, IATA and ELFAA of 10 June 2006,
ECLI:EU:C:2006:10, I-00403.

CJEU, C-344/98, Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream Ltd of 14 December 2000, **ECLI:EU:C:2000:689**, I-11369.

CJEU, C-346/93, Kleinwort Benson v. City of Glasgow district Council of 28 March 1995, **ECLI:EU:C:1995:85**, I-00615.

CJEU, C-357/09, Kadzoev of 30 November 2009,
ECLI:EU:C:2009:741, I-11189.

CJEU, C-369/89, Piageme v. Peters of 18 June 1991,
ECLI:EU:C:1991:256, I-02971.

CJEU, C-388/08 PPU, Leymann and Pustovarov of 1st December 2008,
ECLI:EU:C:2008:669, I-08993.

CJEU, C-393/92, Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf IJsselmji of 27 April 1994, **ECLI:EU:C:1994:171**, I-01477.

CJEU, C-404/15 and C-659/16 PPU, Aranyosi and Căldăraru of 5 April 2016, **ECLI:EU:C:2016:148**.

CJEU, C-41/84, Pinna v. Caisse d'allocation Familiales de la Savoie of 15 January 1986, **ECLI:EU:C:1986:1**, I-00001.

CJEU, C-428/93, Monin Automobiles of 16 May 1994,
ECLI:EU:C:1994:192, I-01707.

CJEU, C-43/75, Defrenne v. SABENA of 8 April 1985,
ECLI:EU:C:1985:56, I-00455.

CJEU, C-432/05, Unibet of 13 March 2007,
ECLI:EU:C:2007:163, I-02271.

CJEU, C-457/09, Charty of 1st March 2011,
ECLI:EU:C:2011:101, I-00819.

CJEU, C-465/93, Atlanta Fruchthandelgesellschaft and others v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft of 9 November 1995,
ECLI:EU:C:1995:369, I-03761.

CJEU, C-472/93, Luigi Spano and others v. Fiat Geotech spa and Fiat Hitachi Excavators spa of 7 December 1995,
ECLI:EU:C:1995:421, I-04321.

CJEU, C-477/16 PPU, Kovalkovas of 10 November 2016, **ECLI:EU:C:2016:861**.

CJEU, C-491/10 PPU, Anguirre Zarraga of 22 December 2010,
ECLI:EU:C:2010:828, I-14247.

CJEU, **C-52/76**, Benedetti and Munari of 3 February 1977.

CJEU, C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH v. Bundersbaugesellschaft Berlin mbh of 17 September 1997,
ECLI:EU:C:1997:413, I-04961.

CJEU, C-55/96, C.Job Centre Coop. a r.l. of 11 December 1997,
ECLI:EU:C:1997:603, I-07119.

CJEU, C-61/11 PPU, Hassen El Dridi of 28 April 2011,
ECLI:EU:C:2011:268, I-03015.

CJEU, C-61/65, Vaassen-Goebbels v. Beamtenfonds voor het Mijnbedrijf of 30 June 1966, **ECLI:EU:C:1966:39**, I-00377.

CJEU, C-61/79, Denkavit of 27 March 1980,
ECLI:EU:C:1980:100, I-01205.

CJEU, C-614/14, Ognyanov of 5 July 2016, 2016,
ECLI:EU:C:2016:514, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, C-62/93, BP Soupergaz v. Greek State of 6 July 1995,
ECLI:EU:C:1995:223, I-01883.

CJEU, C-63/77, Poppe v. Oberfinanzdirektion di Colonia of 15 December 1977, **ECLI:EU:C:1977:214**, I-02473.

CJEU, C-65/81, Francesco Reina and Letizia Reina v. Landeskreditbank Baden Württemberg of 14 January 1982, **ECLI:EU:C:1982:6**, I-00033.

CJEU, C-66/80, International Chemical Corporation of 13 May 1981,
ECLI:EU:C:1981:102, I-01191.

CJEU, **C-66/80**, International Chemical Corporation of 13 May 1981.

CJEU, C-69/85, Wünsche v. Bundesamt für Ernährung und forstwirtschaft of 5 March 1986, **ECLI:EU:C:1986:104**, I-00947.

CJEU, **C-69/85**, Wünsche v. Bundesamt für Ernährung und forstwirtschaft of 5 March 1986.

CJEU, C-77/83, CILFIT v. Ministero della sanità of 29 February 1984, **ECLI:EU:C:1984:91**, I-01257.

CJEU, C-87/75, Bresciani v. Amministrazione delle finanze dello Stato of 5 February 1976, ECLI:EU:C:1976:18, I-00129.

CJEU, C-9/70, Grad v. Finanzamt Traunstein of 6 October 1970, **ECLI:EU:C:1970:78**, I-00825.

CJEU, C-9/73, Schlüter v. Hauptzollamt Lörrach of 24 October 1973, **ECLI:EU:C:1973:110**, I-01135.

CJEU, C-93/78, Mattheus v. Doego of 22 November 1978, **ECLI:EU:C:1978:206**, I-02203.

CJEU, C.636/16, López Pasturzano of 7 December 2017, **ECLI:EU:C:2017:949**, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU, joined cases 297/88 and C-197/89, Dzodzi v. Belgium of 18 October 1990, **ECLI:EU:C:1990:360**, I-03763.

CJEU, joined cases C-142/80 and 143/80, Ministero delle finanze v. Essevi and Salengo of 27 May 1981, **ECLI:EU:C:1981:121**, I-01413.

CJEU, joined cases C-143/88 and C-92/89, Zuckerfabrik Süderditmarrschen AG e Zuckerfabrik Soest gmbH v. Hauptzollamt Itzhoe and Hauptzollamt Paderborn of 21 February 1991, **ECLI:EU:C:1991:65**, I-00415.

CJEU, joined cases C-223/99 and C-260/99, Agorà srl. And others v. Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano of 10 May 2001, **ECLI:EU:C:2001:259**, I-03605.

CJEU, joined cases C-267-269/81, Amministrazione delle finanze dello Stato v. SPI and SAMI of 16 March 1983, **ECLI:EU:C:1983:78**, I-00801.

CJEU, joined cases C-28-30/62, Da Costa en Schaake NV v. Administratie der Belastingen of 27 March 1963, **ECLI:EU:C:1963:6**, I-00061.

CJEU, joined cases C-36/80 and 71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association of 10 March 1981, **ECLI:EU:C:1981:61**, I-00731.

CJEU, joined cases C-71 and 72/89, Beoco and others of 10 March 1981, non information available.

CJEU, joined cases: C-74/95 and C-129/95, X, of 12 December 1996, **ECLI:EU:C:1996:491**, I-06609.

CJEU. C-102/86, Apple and Pear Development Council of 8 March 1988, **ECLI:EU:C:1988:120**, I-01443.

CJEU. C-106/77, Amministrazione delle Finanze v. Simmenthal of 9 March 1978, **ECLI:EU:C:1978:49**, I-00629.

CJEU. **C-114/99**, Roquette Frères of 17 October 2000.

CJEU. C-118/09, Koller of 21 December 2010,
ECLI:EU:C:2010:805, I-13627.

CJEU. C-126/80, Salonia v. Posdomani and Ciglio of 16 June 1981, **ECLI:EU:C:1981:136**, I-01563.

CJEU. C-126/97, Eco Swiss of 1st June 1999, op. cit., C-125/04, Denuit et Cordenier of 27 January 2005, **ECLI:EU:C:2005:69**, I-00923.

CJEU. C-126/97, Eco Swiss of 1st June 1999,
ECLI:EU:C:1999:269, I-3055.

CJEU. C-127/92, Enderby of 27 October 1993,
ECLI:EU:C:1993:859, I-05535.

CJEU. C-129/14 PPU, Spasic of 27 May 2014, **ECLI:EU:C:2014:586**, above published in the elecrtonic Reports of the cases.

CJEU. C-13/68, Salgoil v. Ministero del commercio con l'estero of 19 December 1968, **ECLI:EU:C:1968:54**, I-00661.

CJEU. C-146/73, Rheinmühlen II of 12 February 1974,
ECLI:EU:C:1974:12, I-00139.

CJEU. C-147/91, Laderer of 25 June 1992,
ECLI:EU:C:1992:278, I-04097.

CJEU. C-149/82, Robards of 3 February 1982,
ECLI:EU:C:1982:26, I-00171.

CJEU. C-159/90, Protection of Unborn children of 4 October 1991,
ECLI:EU:C:1991:378, I-04685.

CJEU. C-16/65, Schwarze of 1st December 1965.
ECLI:EU:C:1965:117, I-01081.

CJEU. C-165/03, Längst of 30 June 2005,
ECLI:EU:C:2005:412, I-05637.

CJEU. C-172/84, Celestri of 21 March 1985,
ECLI:EU:C:1985:137, I-00963.

CJEU. C-183/00, Maria Victoria Gonzàles Sànchez e medicina asturiana SA of 25 April 2002, **ECLI:EU:C:2002:255**, I-03901.

CJEU. C-186/90, Durighellio of 28 November 1991,
ECLI:EU:C:1991:453, I-05773.

CJEU. C-19/68, De Cicco of 19 December 1968,
ECLI:EU:C:1968:56, I-00689.

CJEU. C-196/09, Miles and others of 14 June 2011,
ECLI:EU:C:2011:388, I-05105.

CJEU. C-2/67, De Moor of 5 July 1967, **ECLI:EU:C:1967:28**, I-00255.
C-109/88, Handels-og Kontorfumktionærernes Forbund i Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, agente per Danfoss of 17 October 1989,
ECLI:EU:C:1989:383, I-03199.

CJEU. C-2/96, Sunino and Data of 20 March 1996,
ECLI:EU:C:1996:122, I-01543.

CJEU. C-21/11, Volturno Trasporti of 7 June 2012,
ECLI:EU:C:2012:325, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU. C-211/10 PPU, Povse of 1st July 2010,
ECLI:EU:C:2010:400, I-06673.

CJEU. C-213/89, Francovich of 19 June 1990,
ECLI:EU:C:1990:257, I-02433.

CJEU. C-213/89, The Queen v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd and others of 19 June 1990,
ECLI:EU:C:1990:257, I-02433.

CJEU. C-224/01, Köbler of 30 September 2003,
ECLI:EU:C:2003:513, I-10239.

CJEU. C-246/05, Häuptl of 14 June 2007,
ECLI:EU:C:2007:340, I-04673.

CJEU. C-25/67, Milch, Fett und Eierkontor v. Hauptzollamt Saarbrücken of 4 April 1968, **ECLI:EU:C:1968:21**, I-00305.

CJEU. C-251/83, Haug-Adrion of 13 December 1984,
ECLI:EU:C:1984:397, I-04277.

CJEU. C-26/62, Van Gend & Loos v. Amministrazione olandese delle imposte of 5 February 1963, **ECLI:EU:C:1963:1**, I-00003.

CJEU. C-267/86, Van Eicke/ASPA of 21 September 1988,
ECLI:EU:C:1988:427, I-04769.

CJEU. C-283/09, Weryński of 17 February 2011,
ECLI:EU:C:2011:85, I-00601.

CJEU. C-289/15, Grundza of 11 January 2017, **ECLI:EU:C:2017:4**.

CJEU. C-291/96, Grado and Bashir of 9 October 1997,
ECLI:EU:C:1997:479, I-05531.

CJEU. C-30/00, William Hinton & sons Lda v. Fazenda Pùblica of 11 October 2001, **ECLI:EU:C:2001:536**, I-07511.

CJEU. C-30/93, AC-Atel Electronics of 2 June 1994,
ECLI:EU:C:1994:224, I-02305.

CJEU. C-310/18 PPU, Miller of 19 September 2018,
ECLI:EU:C:2018:732, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU. C-327/18 PPU, R O of 7 August 2018. **ECLI:EU:C:2018:644**, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU. C-338/85, Pardini of 21 April 1988,
ECLI:EU:C:1988:194, I-02041.

CJEU. C-339/10, Asparuhov Estov and others of 12 November 2010,
ECLI:EU:C:2010:680, I-11465.

CJEU. C-343/90, Laurenço Diàs v. Director da Alfândega do Porto of 16 July 1992, **ECLI:EU:C:1992:327**, I-04673.

CJEU. C-343/90, Lourenço Dias v. Director da Alfândega do Porto of 16 July 2002, **ECLI:EU:C:2002:327**, I-04673.

CJEU. C-348/89, Mecanarte-Metalurgica da Lagoa of 27 June 1991, **ECLI:EU:C:1991:278**, I-03277.

CJEU. C-355/89, Barr of 3 July 1991, **ECLI:EU:C:1991:287**, I-03479.

CJEU. C-361/97, Nour of 25 May 1998, ECLI:EU:C:1998:250, I-03101. C-314/96, Djabali of 12 March 1998, **ECLI:EU:C:1998:104**, I-01149.

CJEU. C-367/16, Piotrowski of 23 January 2018, **ECLI:EU:C:2018:27**.

CJEU. C-368/89, Crispoltini of 11 July 1991, **ECLI:EU:C:1991:307**, I-03695.

CJEU. C-369/89, Piagene/Peeters of 18 June 1991, **ECLI:EU:C:1991:256**, I-02971.

CJEU. C-380/05, Centro Europa 7 of 31 January 2008, **ECLI:EU:C:2008:59**, I-00349.

CJEU. C-393/92, Gemeente Almelo et al. v. NV Energiebedrijf IJsselmij of 27 April 1994, **ECLI:EU:C:1994:171**, I-1277.

CJEU. C-396/11, Radu of 29 January 2013, **ECLI:EU:C:2013:39**, above the cases published in the electronic Reports of the cases.

CJEU. C-400/10 PPU, MCB of 5 October 2010, **ECLI:EU:C:2010:582**, I-08965.

CJEU. C-403/09 PPU, Detiček of 23 December 2009.

CJEU. C-41/74, Van Duyn v. Home Office of 14 December 1974, **ECLI:EU:C:1974:133**, I-01337.

CJEU. C-415/07, Lodato Gennaro & C of 2 April 2009, **ECLI:EU:C:2009:220**, I-02599.

CJEU. C-428/93, Monin Automobiles of 16 May 1994, **ECLI:EU:C:1994:192**, I-01707.

CJEU. C-43/71, Politi of 14 December 1971, **ECLI:EU:C:1971:122**, I-01039.

CJEU. C-435/97, World Wildlife Fund and others v. Autonome provinz Bozen of 16 September 1999, **ECLI:EU:C:1999:418**, I-05613.

CJEU. C-439/16 PPU, Milev of 27 October 2016,
ECLI:EU:C:2016:818, all the cired cases was published in the electronic Reports of the cases.

CJEU. C-45/09, Rosenbladt of 20 May 2010,
ECLI:EU:C:2000:601, I-09391.

CJEU. C-452/16 PPU, Poltorak of 10 November 2016,
ECLI:EU:C:2016:858.

CJEU. C-458/93, Mostafa Saddik of 23 May 1995,
ECLI:EU:C:1995:79, I-00511.

CJEU. C-465/93, Atlanta Fruchthandelgesellschaft and others v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft of 9 November 1995,
ECLI:EU:C:1995:369, I-03761.

CJEU. C-497/08, Amiraike Berlin of 12 January 2010,
ECLI:EU:C:2010:5, I-00101.

CJEU. C-497/10 PPU, Mercedi of 22 December 2010,
ECLI:EU:C:2010:829, I-14309).

CJEU. C-501/06, Glaxo Smithkline services unlimited v. Commission of 6 October 2009, **ECLI:EU:C:2009:610**, I-09291.

CJEU. C-516/99, Schmid of 30 May 2002,
ECLI:EU:C:2002:313, I-04573.

CJEU. C-53/03, Syfait and others of 31 May 2005,
ECLI:EU:C:2005:333, I-04609.

CJEU. C-53/96, Hermès International v. FHT Marketing Choice of 16 June 1998, **ECLI:EU:C:1998:292**, I-03603.

CJEU. C-55/94, Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano of 30 November 1995,
ECLI:EU:C:1995:411, I-04165.

CJEU. C-56/65, Technique Minière of 30 June 1966,
ECLI:EU:C:1966:38, I-00337.

CJEU. C-571/10, Kamberaj of 24 April 2012, **ECLI:EU:C:2012:232**, published in the electronic Reports of the cases.

CJEU. C-571/10, Kamberaj of 24 April 2012, **ECLI:EU:C:2012:233**.

CJEU. C-6/64, Costa v. Enel of 15 July 1964,
ECLI:EU:C:1964:64, I-01141.

CJEU. C-60/12, Balàž of 14 November 2013, **ECLI:EU:C:2013:733**.

CJEU. C-640/15, Vilkas of 24 February 2017, **ECLI:EU:C:2017:37**.

CJEU. C-579/15, Popławski of 29 June 2017, **ECLI:EU:C:2017:503**.

CJEU. C-65/81, Reina of 14 January 1982,
ECLI:EU:C:1982:6, I-00033.

CJEU. C-670/16, Mengesteab of 26 July 2017, **ECLI:EU:C.2017:587**.

CJEU. C-72/83, Campus Oil of 10 July 1984,
ECLI:EU:C:1984:256, I-02727.

CJEU. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile N Orange Nederland NV ad Vodafone Libertel NV v. Raad Van Bestuur Van de Nederlandse Medelingingsautoriteit of 4 June 2009,
ECLI:EU:C:2009:343, I-04529.

CJEU. C-80/01, Michel SARL v. Recettes des dounes of 22 November 2001, **ECLI:EU:C:2001:632**, I-09141.

CJEU. C-83/91, Meilicke v. ADV-ORGA of 16 July 1992,
ECLI:EU:C:1992:332, I-04871.

CJEU. C-83/91, Meiticke v. ADV-ORG of 16 July 1992,
ECLI:EU:C:1992:332, I-03871.

CJEU. C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Plannungs-Gesellschaft of 18 June 2002, **ECLI:EU:C:2002:379**, I-05553.

CJEU. Joined cases C-110/98 and C-147/98, Gabalfresa SL and others v. Agenzia Estatal de Administraciòn Tributaria of 21 March 2000.
ECLI:EU:C:2000:145, I-01577.

CJEU. joined cases C-162 and 258/85, Pugnaloni of 12 June 1986,
ECLI:EU:C:1986:246, I-01885.

CJEU. Joined cases C-180/98 and C-184/98, Pavlov and others v. Stichting pensioenfonds medische specialisten of 12 September 2000, **ECLI:EU:C:2000:428**, I-06451.

CJEU. Joined cases C-300/98 and C-337/95, Parfums Dior v. Evora of 4 November 1997, **ECLI:EU:C:1997:517**, I-6013.

CJEU. joined cases C-320/90, C-321/91 and C-322/91, Telemarsicabruzzo s.p.a. v. Circostel and others of 26 January 1993, **ECLI:EU:C:1993:26**, I-00393.

CJEU. joined cases C-51/97 and C-191/97, Christell Delière v. Ligue francophone de judo et disciplines associées Sbl and others of 11 April 2000, **ECLI:EU:C:2000:1999**, I-02549.

CJEU. joined cases C-6/90 and C-9/90, Francovich and Bonifaci of 19 November 1991, **ECLI:EU:C:1991:428**, I-05357.

CJEU. Joined cases C-69 and 79/96, Garofalo of del 16 October 1997, **ECI:EU:C:1997:492**, I-05603.

CJEU. joined cases C-9/97 and 118/97, Jokela of 22 October 1998, **ECLI:EU:C:1998:497**, I-06267.

CJEU. Joined cases C-94 and C-202/04, Cipolla and others of 5 December 2006, **ECLI:EU:C:2006:758**, I-11421.

CJEU. PPU, Özçelik of 10 November 2016, **ECLI:EU:C:2016:860**.

CJEU. **Regulation of CJEU Procedures of 23 April 2015**. OJ L 265, 29.09.2012, pp.1-42.

COHEN, M. Judges or hostages? The bureaucratisation of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, in B. DAVIS, F. NICOLA (eds). **European law stories**. Cambridge University Press: Cambridge, 2017.

COSTA, J.P. **La Cour européenne des droits de l'homme**. Des juges pour la liberté. Ed. Dalloz: Paris. 2017.

CRAIG, P. DE BÚRCA, G. **European Union law**: Text, cases and materials. Oxford University Press: Oxford, 2015.

DECHEVA, M. **Recht der europäischen Union**. Ed. Nomos: Baden-Baden, 2018.

DOMENICUCCI, D.P. MUGUET-POULLENNEC, G. À la recherche du temps perdu: Du droit de voir sa cause jugée dans un délai raisonnable, ou, des difficultés de passer de la prévention à la guérison, in V. GIACOBBO-PEYRONNEL, C. VERDURE (sous la direction de), **Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne**. Ed. Brill: Bruxelles, 2017, pp. 623ss and 663ss.

ECtHR, **Moosbrugger v. Austria of 25 January 2000**. Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium of 20 September 2011.

ECtHR, **Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium** of 20 September 2011.

EUROPEAN UNION. Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation to crime victims, **OJ L 261**, 6.8.2004, p. 15-18.

FOSTER, N. **European Union law directions**. Oxford University Press: Oxford, 2016.

GAUDISSERT, M.A. La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice, in **Cahier de Droit Européenne**, 2012, pp. 603ss.

GEIGER, R. KHAN, D.E. KOTZUR, M. **EUV/AEUV**. C.H. Beck, München, 2016.

GREER, S. GERARDS, J. SLOWE, R. Human rights in the Council of Europe and the European Union. **Achievements, trends and challenges**. Cambridge University Press: Cambridge, 2018.

GUTIERREZ-FONS, J.A. Le nouveau règlement de procédure de la Cour de justice au regard du contentieux de l'Union européenne, in S. MAHIEU (sous la direction), **Contentieux de l'Union européenne**. Questions choisies. Ed. Brill: Bruxelles, 2014, pp. 41ss.

GUTMAN, K. The evolution of the action for damages against the European Union and its place in the system of judicial protection, in **Common Market Law Review**, 48, 2011.

HARRIS, D. O'BOYLE, M. WARBRICK, C. **Law of the European Convention on Human rights**. Oxford University Press: Oxford, 2014, pp. 372ss.

IANNUCCELLI, P. La réforme des règles de procédure de la Cour de justice, in **Diritto dell'Unione Europea**, 2013, pp. 107ss.

IMILITARU, I.N. An action for damages before the Court of Justice of the European Union, in **International Journal of Academic Research in Economics and Management Sciences**, 2013, pp. 195ss.

LAZOWSKI, A. BLOCKMANS, S. **Research handbook on European Union Institutions law**. Edward Elgar Publishers: Cheltenham, 2016.

LECZYKIEWICZ, D. Enforcement or compensation? Damages actions in European Union after the Draft common frame of reference, in M. KENNÝ, J. DEVENNEY. **The transformation of european private law**. Cambridge University Press: Cambridge, 2013.

LIAKOPoulos, D. First considerations and discussion of the proposed reform of litigation competences of the Court of Justice of the European Union, in **International and European Union Legal Matters-working paper series**, 2018.

LIAKOPoulos, D. Interactions between European Court of Human Rights and private international law of European Union, in **Cuadernos de Derecho Transnacional**, 10 (1), 2018.

LÓPEZ-GALDOS, M. Arbitration and competition law. Integrating Europe through arbitration. **Journal of European Competition Law & Practice**, 7 (6), 2016, pp. 384ss.

OPPERMANN, T. CLASSEN, C.D. NETTESHEIM, M. **Europarecht**. C.H. Beck: München, 2016.

RAINEY, B.; WICKS, W.; OVEY, C. **Jacob, White and Ovey**: The European Convention on Human Rights. Oxford University Press: Oxford, 2017.

THIES, A. **International trade disputes and European Union liability**, Cambridge University press, Cambridge, 2013.

TIMMERMANS, F. Fundamental rights protection in Europe before and after accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, in **Liber amicorum**. Pieter Van Dijk, M. Van Roosmalen and others (eds.), Intersentia: Antwerp, Oxford, 2013, pp. 225ss.

USHERWOOD, J.; PINDER, S. **The European Union**: A very short introduction, Oxford University Press, Oxford, 2018.

VON DER GROEBEN, H. SCHWARZE, J. HATJE, A. (Hrsg.). **Europäisches Unionsrecht**. Ed. Nomos: Baden-Baden, 2015.

WALDRON, LIBERALISMO POLÍTICO E DISCURSO DE ÓDIO

WALDRON, POLITICAL LIBERALISM AND HATE SPEECH

Vinicio Fernandes Ormelesi*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A visão de Waldron sobre o hate speech. 2 Principais objeções dos críticos a Waldron. 3 Pertinência das críticas à teoria de Waldron. Conclusões. Referências.

RESUMO: Este artigo pretende examinar a proposta de Jeremy Waldron sobre como deveria funcionar a sistemática legal do discurso de ódio. Propõe-se uma revisão bibliográfica da teoria de Waldron. A partir da exposição das ideias do autor são tecidas críticas de seus adversários teóricos, dentre os quais se elege Brian Leiter como representante. Por meio da apreciação crítica e dialética das teses de Waldron e das objeções a elas levantadas, o artigo objetiva sustentar a fragilidade dos fundamentos teóricos da teoria de Waldron. Pretende-se demonstrar que são principalmente os pressupostos teóricos de uma filosofia política liberal presentes na teoria do autor os responsáveis pela inconsistência de sua tese.

Palavras-chave: Jeremy Waldron. crítica. discurso de ódio. filosofia liberal. teoria do direito.

ABSTRACT: This article intends to investigate Waldron's theoretical propositions about how a legal system should treat the hate speech. It is proposed a bibliographical review on Waldron's theory. From the exposure of the author's main ideas, critical reviews are offered, among which this study chooses Brian Leiter's objections as representatives. By the critical and dialectical appreciation of these thesis and objections, this paper hopes to sustain the fragility of the theoretical foundations of Waldron's theory. We intend to demonstrate that its theoretical fundaments, which are based on a liberal political philosophy, are the ones responsible for this theoretical inconsistency.

Keywords: Jeremy Waldron. critical review. hate speech. liberal philosophy. legal theory.

INTRODUÇÃO

O debate acerca do discurso de ódio (*hate speech*) concentra ardorosos argumentos que oscilam entre um espectro que vai desde sua proibição total a outro contrário a qualquer forma de limitação,

* Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP (2019). Mestre (2013) e graduado (2010) em Direito pela UNESP. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais e da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal. Líder do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito, Estado e Modernidade (NEDEM). Advogado.

Artigo recebido em 07/11/2017 e aceito em 04/07/2018.

Como citar: ORMELESI, Vinicius Fernandes. Waldron, liberalismo político e discurso de ódio. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 77-93. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

recheado por posições intermediárias diversas. A realidade dos Estados Unidos¹ é aquela na qual a celeuma protagoniza as maiores discussões, especialmente, no que concerne à Primeira Emenda da Constituição norte-americana². Aparentemente em menor número, estão aqueles que, como Jeremy Waldron, advogam pela proibição do *hate speech* nos EUA. Este trabalho procurará examinar a posição de Waldron expondo seus principais argumentos sobre a questão levantada. Na sequência, serão apresentadas as críticas principais formuladas ao seu pensamento por outros autores. Na parte final, este ensaio colocará a visão de Waldron e de seus críticos em confronto, analisando os argumentos em jogo, de forma a tentar encontrar aqueles que são superiores, além de ofertar uma contribuição para futuras discussões.

Este estudo se reveste da forma de uma revisão de literatura. Propõe revisar a teoria de Waldron sobre o *hate speech* comentando seus acertos e suscitando eventuais deficiências. O objetivo central deste estudo é averiguar se a posição de Waldron é defensável, na medida em que se levantarão a questão de sua coerência com os pressupostos de uma filosofia política liberal escolhidos pelo autor para sustentá-la. Acredita-se, também, que este estudo possa auxiliar o progresso das discussões constitucionais sobre liberdade de expressão e discurso de ódio entre nós, a partir da exposição e crítica das ideias de um autor ainda pouco debatido no Brasil.

1 A VISÃO DE WALDRON SOBRE O HATE SPEECH

Como síntese do pensamento de Waldron e forma de introduzir a temática do *hate speech* em seu pensamento, tome-se a exposição de Simpson (2013). Para ele, Waldron sustenta sua visão em dois pilares, a saber: a)

¹ Daniel Sarmento (2006, p. 5) oferece um panorama geral sobre o tema da liberdade de expressão nos EUA. “Embora a garantia da liberdade de expressão tenha sido incorporada à Constituição norte-americana ainda em 1791, por ocasião da aprovação da 1^a Emenda, foi apenas no curso do século XX, após o fim da 1^a Guerra Mundial, que este direito começou a ser efetivamente protegido pelo Judiciário norte-americano. Desde então, tem-se assistido a uma progressiva extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, que é hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana. É certo, contudo, que esta expansão na proteção da liberdade de expressão tem se dado em parte ao custo de um enfraquecimento na garantia de outros direitos contrapostos, como privacidade, honra e também igualdade. Nesta linha, formou-se firme jurisprudência nos Estados Unidos no sentido da proteção constitucional das mais tenebrosas manifestações de intolerância e ódio voltadas contra minorias [...]”

² “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

o tratamento legal do discurso de ódio possui um impacto significativo na forma como as hierarquias sociais são construídas; b) é necessário que haja um sentimento de segurança na comunidade sobre a igualdade social para que a dignidade dos membros da sociedade possa ser preservada.³

Antes de adentrar na análise do *hate speech*, convém mencionar que Waldron enxerga o direito à liberdade de expressão como um direito-responsabilidade (*responsibility-rights*) (WALDRON, 2011). Um direito desta natureza funciona da seguinte forma: a alguém é atribuída certa tarefa e somente então este alguém passa a ter legitimidade para decidir o modo através do qual ela será realizada. Esta maneira de ver a questão permite que a possibilidade de regulação do discurso de ódio se abra. Entretanto, não focaremos a análise do argumento de Waldron sob este prisma. Para nós será mais importante entender a maneira como ele constrói as bases de seu argumento principal.

Em linhas gerais, a tese de Waldron⁴ é pela proibição do *hate speech*. Mais especificamente, ele é um defensor da necessidade de leis sobre o discurso de ódio. Para Waldron, essas leis são indispensáveis para a proteção da dignidade dos indivíduos. O ponto de partida do argumento dele é, portanto, a distinção entre um ataque à dignidade de uma pessoa e uma ofensa a este indivíduo. A legislação sobre *hate speech* não tem como objetivo evitar que as pessoas sejam ofendidas, uma vez que a proteção dos sentimentos das pessoas não parece ser um fim apropriado para uma lei. Ainda assim, segundo ele, é possível proteger a dignidade de uma pessoa contra um ataque visando diminuí-la ou negá-la.

Waldron entende a dignidade como um status legal de alguém na sociedade na forma de um bem público.⁵ Em igual medida, na continuação deste argumento, ele sustenta a possibilidade de se traçar uma linha divisória entre ofensa e indignidade. De princípio, a dignidade (ou a reputação), na concepção de Waldron, está relacionada ao que diz respeito a alguém e

³ "Waldron's argument has two strands. On one hand, he suggests that our legal treatment of hate speech will have a significant effect on how identity-based social hierarchies are sustained and replicated in the long run. The suggestion is not highly eccentric or implausible, but if we are going to mount a case for restricting hate speech on this basis, evidence must be added to conjecture. At other points, Waldron suggests that in order for people's dignitarian status to be maintained, people need to have a felt sense of assurance about the security of their place in the egalitarian social order." (SIMPSON, 2013, p. 726)

⁴ As considerações que faremos sobre o pensamento de Waldron são extraídas preponderantemente de seu livro *The harm in the hate Speech*, principalmente do capítulo 5, intitulado *Protecting dignity or protection from offense*. (WALDRON, 2012).

⁵ [...] the burden of my argument in favor of hate speech laws or group-defamation laws [...] understands dignity as a status sustained by law in society in the form of a public good." (WALDRON, 2012, p. 106).

na forma como este alguém é visto na sociedade e não a como as coisas são sentidas por ele. Ele pretende, assim, uma conceituação objetiva de dignidade, no esforço de sustentar sua posição. Portanto, se um ataque à dignidade atinge este status social de que um membro da sociedade deve gozar, a ofensa comum atinge pura e simplesmente aspectos subjetivos.

Outra peça fundamental na teoria de Waldron é a noção de *assurance*.⁶ Ela seria uma espécie de garantia que um cidadão possui de não ser vilipendiado em sua dignidade, recebendo igual tratamento e respeito dos outros membros da comunidade, que também devem ter assegurado o mesmo status. Deste modo, unindo-se as duas acepções (*dignity* e *assurance*), é forçoso concluir que a ideia de democracia de Waldron requer uma sociedade em que ambas as categorias sejam respeitadas, sendo, por conseguinte, inviável conceber a cidadania sem *dignity* e *assurance*. Neste sentido, ele enfatiza o objetivo de proteger as pessoas de discursos que pretendam diminuir o status delas enquanto cidadãos, finalidade esta presente em diplomas legais como a Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Esta defesa ainda é feita por ele comparando o escopo normativo das leis contrárias ao *hate speech* com o objetivo das que protegem uma pessoa contra difamação (*defamation*). Esta menção é feita claramente com o intuito de se proteger da alegação comum de que as leis contra o discurso de ódio tentariam proteger os sentimentos das pessoas. Contra isso, Waldron afirma haver áreas do direito em que é possível responsabilizar alguém por dano emocional. No entanto, é preciso salientar que a sua proposta não tem como objetivo direto sustentar o dano emocional do discurso de ódio, já que, para ele, isso enfraqueceria o argumento e abriria uma margem perigosa aos críticos.

Em suma, ele oferece o motivo cabal pelo qual entende ser indispensável a proteção à dignidade das pessoas na forma de proibição de discurso de ódio. Ou seja, a proteção básica da dignidade é feita porque importa à sociedade em geral, preocupada em preservar sua ordem democrática e seu caráter igualitário, além do que a dignidade importa sobretudo àqueles que têm seu status social atacado. E finaliza dizendo que é possível identificar formas de expressão que atingem diretamente a dignidade, principalmente das minorias vulneráveis. Neste sentido, os legisladores devem ser vigilantes em relação aos membros dessas minorias e às demandas sociais por dignidade.

⁶ "[...] the social support of individual dignity furnishes for people the basis of a general assurance of decent treatment and respect as they live their lives and go about their business." (WALDRON, 2012, p. 107-108).

Dos argumentos gerais de Waldron, cumpre destacar duas situações de maior complexidade que ele analisa sob a ótica do conceito de dignidade proposto. A primeira questão diz respeito ao tema dos epítetos raciais. Para ele, palavras como "macaco", "negro", "preto" entre outras são normalmente proferidas no calor de discussões, mesmo que possam ser igualmente restrinidas em certos ambientes, não há como proibi-las em todos eles. Nestes casos, Waldron se mostra mais condescendente com o discurso. Todavia, quando formuladas em expressões como "negros, voltem para a África" fica claro o intuito de atacar a dignidade, o que não se pode tolerar numa sociedade bem ordenada.

A segunda questão concerne à liberdade religiosa. Mesmo admitindo ser mais difícil traçar a linha demarcatória entre ofensa e indignidade nestes casos, Waldron infere que nada justifica que não se tente estabelecê-la. Segundo ele, a questão pode ser mais aclarada se pensarmos no bem jurídico que as leis sobre discurso de ódio procuram proteger. Para ele, é um equívoco dizer que as normas sobre *hate speech* proíbem a difamação contra grupos (entre eles os religiosos). Isto deve ser analisado em vista do que se disse sobre dignidade. Ela é entendida como um status social individual, ou seja, uma pessoa tem dignidade, mas um grupo não. Daí, Waldron argumenta ser possível distinguir um ataque a um membro de uma seita (que possui dignidade a ser protegida) de um ataque aos preceitos religiosos desta seita ou às suas figuras sagradas (que não possuem).

Para ilustrar a questão, Waldron relembra o caso dos Cartuns Dinamarqueses sobre Maomé, ocorrido em 2005. Ao comparar a figura do profeta do Islã com a de um homem-bomba, os cartuns poderiam ser entendidos como uma crítica às políticas conduzidas por algumas organizações muçulmanas. Entretanto, em se pensando na identidade que há entre as figuras religiosas (na forma de modelos de vida a se seguir, por exemplo) e os membros de uma seita, as imagens poderiam ocasionar a diminuição do status social de algumas pessoas, especialmente dos muçulmanos vivendo no Ocidente. Ainda assim, Waldron defende que a decisão de não processar o jornal tenha sido, provavelmente, a mais apropriada, argumentando que, nestes casos mais complexos, a lei e as autoridades devem se conduzir segundo o lado mais liberal, não proibindo o discurso.

2 PRINCIPAIS OBJEÇÕES DOS CRÍTICOS A WALDRON

Entre os principais opositores das ideias de Waldron, desporta Brian Leiter (2012). Apesar de haver outros autores que discordam das ideias de Waldron, como Edwin Baker ou Ronald Dworkin, vamos nos ater às críticas formuladas por Leiter, uma vez que elas sintetizam muito das objeções costumeiras ao pensamento de Waldron.

A primeira e mais contundente crítica que Leiter endereça a Waldron questiona os motivos pelos quais um ataque à dignidade de alguém devia ser algo com que o direito deva se preocupar. Segundo Leiter, Waldron recorre a intuições vazias acerca de uma sociedade bem ordenada sem desejar se filiar ao conceito de Rawls.⁷ Este é um defeito, aliás, relativamente comum no pensamento de Waldron, pois, segundo Leiter, desde o início de seu argumento, ele procura convencer o leitor de algumas preocupações morais importantes, invocando conceitos gerais como dignidade, dano, segurança, dentre outros.⁸

Assim sendo, Leiter se pergunta por que o dano à dignidade (o dano causado pelo *hate speech*) é o cerne do problema para Waldron. Neste momento, Leiter satiriza o exemplo dado por Waldron sobre as interações sociais deverem ocorrer de forma descontraída e civilizada, dizendo que ele idealiza as relações sociais como aquelas que se dão em um mercado.

Ainda nesta dificuldade, Leiter chama a atenção para o fato de ser possível que a descrição de Waldron a respeito do dano causado no discurso de ódio esteja equivocada. Os exemplos de Waldron, sobre uma sociedade em que negros ou judeus (minorias vulneráveis) figurassem na mídia como parasitas ou animais, podem ser compreendidos como um ataque à dignidade, contudo, para Leiter, a força desses exemplos reside no fato do sofrimento cruel causado a essas pessoas e não à privação da dignidade.

Deste modo, para refutar o argumento de Waldron, Leiter oferece um contra-exemplo, o caso Ryan⁹. Neste caso, a defesa da extinção de

⁷ O conceito de sociedade bem ordenada (*well-ordered society*) é exposto por John Rawls como base para sua *Teoria da Justiça*. Remete à ideia de uma sociedade na qual os interesses puramente individuais são transcendidos em nome do florescimento da cultura e da civilidade. Ela repousa num ideal de moralidade que pessoas razoáveis aceitariam como verdadeiro para se justificar. Ver Rawls (1979).

⁸ "Why is dignitary harm, harm to the “assurance” of equal standing, the crucial issue with which the law should be concerned? Oddly, it is never clear what Waldron’s answer is to this most basic question. He appeals to intuitions about what a “well-ordered society” should look like (explicitly eschewing the claim that this is Rawls’s notion of a well-ordered society)." (LEITER, 2012, p. 4).

⁹ "So consider: elderly people of limited means in the United States who are dependent

um programa de saúde nos EUA, importantíssimo para a vivência com dignidade de milhões de idosos, feita por um deputado, não seria enquadrada como discurso de ódio na acepção de Waldron, muito embora, para Leiter, apresente todos os requisitos exigidos por ele. A saber, notadamente: os idosos são vulneráveis neste exemplo; o discurso favorável à extinção do programa promete a *assurance*, pois atinge um bem público essencial.

Segundo Leiter, Waldron não teria como segurar esta objeção. O ódio, como um motivo para o discurso, não pode ser indicado como um auxiliar na diferenciação, uma vez que o próprio Waldron admite que o motivo não interessa à sua teoria normativa sobre o discurso de ódio.

A segunda crítica feita a Waldron por Leiter é justamente sua incapacidade de distinguir o dano à dignidade da mera ofensa. Como forma de contradizer o pensamento de Waldron, ele retoma um exemplo dado pelo próprio Waldron. O exemplo é o dos membros do Tea Party¹⁰. Dizer que os membros do partido têm crenças ridículas não ofenderia a dignidade deles, contudo, a publicação de um texto afirmando que não se pode confiar a eles dinheiro público devido à sua desonestidade afrontaria a *dignity*.

Para Leiter, esta distinção não é clara.¹¹ Por que a ridicularização de alguém (um membro do partido) não compromete a *assurance* neste caso? E mais: se podemos dizer que as visões políticas de alguém são absurdas, por qual razão não seria possível dizer que este alguém não pode concorrer a cargos públicos ou administrar receitas advindas dos contribuintes?

on Medicare for their basic well-being—there are tens of millions of them—are rather clearly “vulnerable people.” Why, then, is it not equally problematic when a powerful congressman, Representative Paul Ryan of Wisconsin, advocates effectively eliminating the program that benefits these vulnerable people, indeed, keeps them alive?” (LEITER, 2012, p. 9).

¹⁰ “I think the views held by many members of the Republican “Tea Party” right are preposterous and (if they were ever put into effect) socially dangerous; but Tea Party members are entitled to stand for office, to vote, and to have their votes counted. Denying any of these rights would be an attack on them; but attacking or ridiculing their beliefs is business-as-usual in a polity in which they, like me, are members in good standing. Moreover, it would be inconsistent with the respect demanded by their status as citizens to publish a claim, for example, that Tea Party politicians cannot be trusted with public funds or that they are dishonest.” (WALDRON, 2012, p. 121).

¹¹ “This passage is difficult to make sense of. If I ridicule as idiotic and morally depraved all your central beliefs, that, on Waldron’s view, has no effect on your “dignity” (even if it might “offend” you); but if I suggest that people who hold these idiotic and morally depraved beliefs should not be trusted, I have engaged in prohibited “group defamation” that impugns their dignity. The distinctions here are more difficult than Waldron’s often high-handed rhetoric allows.” (LEITER, 2012, p. 6).

A questão agora passa a ser ponderar quais os contra-argumentos que Waldron poderia formular para se defender das críticas de Leiter. Para responder ao questionamento inicial de Leiter sobre a razão pela qual o dano à dignidade deveria ser algo de relevante para o direito, Waldron provavelmente indicaria ser por causa da sociedade que se quer construir.¹² Ora, Waldron escreve para demonstrar, entre outras coisas, que o discurso de ódio provoca dano (*harm*), sendo função de uma sociedade democrática evitar que seus cidadãos sofram com danos desnecessários.

Da mesma maneira, Waldron replicaria que o discurso de ódio é responsável por "poluir" o que ele chama de "meio ambiente social" (*social environment*).¹³ A proteção da dignidade reclama que o meio ambiente social não esteja repleto de mensagens hostis visualmente expressas (pichações, por exemplo) ou sonoramente veiculadas (o discurso em si), já que as pessoas devem ter a garantia de poder circular no meio social onde vivem sem ter de se deparar com este tipo de mensagens afrontosas. Um meio ambiente social limpo e seguro é condição de existência de uma sociedade democrática.

Sobre o caso Ryan, invocado por Leiter, é possível que Waldron buscassem rebater retomando seu conceito de *dignity*. Waldron (2012, p. 106) entende "[...] *dignity as a status sustained by law in society in the form of a public good*" o que corrobora com o argumento de Leiter, mas também é preciso destacar que compreende "[...] *dignity in the sense of a person's basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minority group does not disqualify him or her from ordinary social interaction.*" (WALDRON, 2012, p. 105) Perscrutando os motivos do discurso do deputado, Waldron concluiria que, mesmo não sendo movida diretamente pelo ódio, sua fala não tinha como intenção privar os idosos de um status de que gozam na sociedade como cidadãos, mas sim questionar se deveriam ou não ter um direito específico.

Pode-se fazer uma analogia com a discussão sobre cotas raciais. Na perspectiva de Waldron, alguém que diga serem as cotas ruins ou maléficas para a sociedade, de forma que os negros não devem tem direito a elas, não ataca a dignidade desta minoria. Apenas o faz quando dissesse que os negros

¹² *We protect people's basic dignity because it matters: it matters to society in general, inasmuch as society wants to secure its own democratic order and its character as a society of equals; and dignity matters of course to those whose dignity is assaulted.*" (WALDRON, 2012, p. 111).

¹³ "*The point is to stop these messages from taking a publicly visible or audible form—to stop them from becoming part of the landscape, part of the evident stock of a people's ideas circulating in a society and looming over the environment in which people live their lives.*" (WALDRON, 2012, p. 149).

não têm direito algum na sociedade e que nem deveriam gozar do mesmo status das outras pessoas. Ainda que essa linha divisória seja tênue, é aceitável que, diante dos argumentos que sustenta, Waldron fosse capaz de traçá-la.

Em outras palavras, não é a condição de ser idoso ou de ser negro que motiva a fala contrária à assistência médica ou às cotas, mas a convicção política de que ambas não devem ser implementadas. Ou, se já vigorantes, devem ser banidas ou descontinuadas. Pelo menos, essa é a ideia que surge da interpretação do pensamento do autor.

Quanto à segunda crítica de Leiter, aquela sobre o caso do partido republicano (*Tea Party*), é possível imaginar que, como Leiter mesmo cogita, Waldron diria ser a confusão entre uma ofensa a um membro do partido e um ataque à dignidade do partido como um resultado de uma perigosa política de identidades (*identity policies*), na qual a identidade de uma pessoa se confunde com suas crenças, da mesma forma como acontece no discurso religioso (WALDRON, 2012, p. 131).

Muito provavelmente, a réplica de Leiter seria no sentido de que é um engano, talvez até um delírio, pretender que as pessoas não se identifiquem com suas crenças ou com suas ideologias, de forma a se supor que pudessem guardar uma posição de impassível neutralidade em relação ao que se diz sobre elas. Mesmo que haja essa diferença, diria Leiter, é leviano supor que as pessoas e comportariam segundo ela.

Por fim, para contrariar esta afirmação, relembraria Waldron da forma como a lei deve tratar as questões envolvendo ataques à dignidade e o *hate speech*. Para ele, mesmo que as linhas divisórias sejam difíceis de desenhar, e adicione-se, ou que as pessoas comuns não consigam vislumbrá-las, os legisladores não devem se furtar de enfrentar as complexidades psicológicas que a questão envolve. Do mesmo modo, incumbe às Cortes e aos administradores lidar com problemas sobre direitos fundamentais, reclamando, para sua solução, o balanceamento dos variados bens jurídicos envolvidos. Em adição, Waldron poderia arguir que enfatizar o dano sentimental presente no discurso de ódio (ou que ocorre junto com um dano à dignidade) mostra uma artimanha daqueles que são favoráveis a ele, visando desacreditar as proposições dos que procuram proibi-lo.¹⁴

¹⁴ "But such principles are a distraction in the present context—a distraction, I might add, which is introduced gratuitously into the discussion of hate speech laws by those intent on discrediting them." (WALDRON, 2012, p. 111).

3 PERTINÊNCIA DAS CRÍTICAS À TEORIA DE WALDRON

De forma a trazer mais criticidade aos argumentos expostos, passemos agora a analisar se a tese de Waldron merece crédito ou se as objeções de Leiter fazem-na cair por terra. Talvez o que se passe, de fato, não seja nem uma coisa nem outra. Vejamos, de início, a questão acerca dos conceitos waldronianos de *dignity* e *assurance* e das primeiras objeções de Leiter a isso, além do questionamento sobre os motivos relevantes para se acatar uma legislação contra o ódio e, ainda, porque proteger a dignidade.

Da leitura das teses de Waldron, parece ter ficado claro que a dignidade é um status, uma posição social de que cada cidadão precisa desfrutar de forma a ser considerado membro de uma comunidade. Aliás, convém esclarecer que, em outro texto (WALDRON, 2007, *passim*), a noção de dignidade sustentada por Waldron fica mais nítida. Segundo ele, ela deve ser compreendida como um *rank* (uma posição) e, na medida em que se fala de dignidade e direitos humanos, ele propõe que a dignidade é um *rank* comum a todas as pessoas, de forma a não poder haver categorias melhores ou piores de indivíduos.¹⁵ Em igual medida, a *assurance* é um bem público. É a garantia de um meio ambiente social livre de exortações vilipendiosas destinadas a atingir a dignidade (o status) de alguém. O Estado deve prezar por este bem público, assim como a sociedade. Contra isso, Leiter infere que Waldron parte de intuições morais cativantes, quem poderia ser contra a dignidade?

Creio que possamos aceitar, num primeiro momento, a ideia de dignidade como um *social rank*, na forma proposta por Waldron. Faz perfeito sentido imaginar, inclusive do ponto de vista de uma filosofia do direito positivista, que aos membros de uma sociedade deva ser atribuído (positivado) um status para, a partir daí, gozarem de direitos na ordem legal. Também é fácil crer que este status deva ser protegido pela mesma legislação que o outorga, assim como a ninguém seja dado o direito de atacar o status de outrem. A ideia de garantia desta dignidade realmente pode fazer parte dos objetivos de uma sociedade comprometida em promover a democracia e assegurar a todos o respeito da posição que ocupam nessa sociedade.

¹⁵ "The idea of rank is here used to articulate an aggressively egalitarian position. Humans are basically one another's equals, because denial of equality in this fundamental sense would relegate some to the status of animals or elevate some to the status of gods." (WALDRON, 2007, p. 218) Ver também *Dignity, rank and rights* (WALDRON, 2009).

De igual maneira, penso ser fácil perceber o teor sociológico presente nas formulações de Waldron sobre dignidade. Isso fica claro quando ele diz que a dignidade importa (*matters*). E importa porque se tem uma concepção idealizada de como deve ser a sociedade proposta por ele, a referida sociedade bem ordenada. É perceptível aqui sua tendência a se comprometer com uma democracia chamada "militante"¹⁶, inspirada em Loewenstein, mesmo que esta adesão não se dê apaixonadamente.

Entretanto, agora num segundo momento, mesmo que se admita a validade das noções de *dignity* e *assurance*, ainda assim não se consegue responder, do ponto de vista normativo, o porquê da legislação dever preservá-las. Neste ponto, Leiter possui certa razão. Contudo, não é em virtude das intuições morais de Waldron serem incertas, mas pelo fato de que a conceituação que ele propõe em nada ajuda a resolver o impasse.

Fica entregue à sociedade, portanto, decidir se quer ou não se comprometer a preservar a dignidade; é uma escolha política. Está errado Waldron de advogar que a sociedade escolha defender a dignidade tal como ele a concebe? Acredito que não. Porém, ele poderia arguir que é fácil para aqueles que não se deparam diuturnamente com violações à sua dignidade adotar uma postura contrária a da dele. Quando rememora a questão das minorias vulneráveis, Waldron está claramente apelando para o senso de justiça do interlocutor, no intuito de sensibilizá-lo, convencê-lo a se juntar à sua causa.¹⁷

Por mais louvável que a defesa dele possa ser, ela não resiste a um contra-argumento baseado em sua própria noção de meio ambiente social, livre dos ataques à dignidade que o maculam. Se imaginarmos este ambiente à semelhança do meio ambiente natural, é possível perceber, de fato, que a ninguém interessa poluí-lo, mesmo em nome do lucro, em se pensando em longo prazo. Ora, ao tal meio ambiente social de Waldron,

¹⁶ Sobre o tema ver Capoccia (2013).

¹⁷ Já mencionado no início da discussão, Simpson (2013, p. 727) também infere que as restrições ao discurso de ódio desempenham um papel importante nas democracias modernas. Contudo, para isso, seria preciso conseguir demonstrar que o discurso de ódio não é apenas uma manifestação periférica de algo socialmente construído anteriormente. Neste sentido, Simpson parece querer demonstrar que Waldron ataca o problema pela consequência quando seria melhor reprimir a causa. “*Waldron thinks legal restrictions on hate speech have a role to play in driving such reforms, and the suggestion - given that it may found a justification for the restrictions on hate speech that operate in liberal democracies today - is one we must take seriously. To vindicate the suggestion, we need to show that hate speech is not just a peripheral element in the processes through which social hierarchies are perpetuated, nor an epiphenomenon created by identity-prejudicial social structures, but rather, that hate speech is a genuine contributor to the processes through which identity-prejudicial social hierarchies are reproduced.*”

pode-se aplicar a mesma lógica. Se não é possível suprimir todas as formas de poluição, invariavelmente ela ocorrerá, da mesma forma como não é possível impedir o discurso de ódio. O preço que se paga pela vida em sociedade é alguma degradação do meio ambiente natural, assim como o preço que se paga pela vida em sociedade é alguma poluição discursiva.

O mesmo ocorre com a segunda crítica contundente de Leiter, segundo a qual não é possível distinguir com clareza entre um ataque à dignidade e uma mera ofensa. Neste diapasão, a objeção invocada por ele ao exemplo de Waldron do *Tea Party* parece, a primeira vista, inquestionável. Por que se deve permitir dizer que as políticas defendidas pelos membros do partido são imbecis ao passo em que dizer que seus membros são desonestos não se pode? Porém, creio que a resposta de Waldron sobre o alvo do ataque rebate a crítica, ao menos formalmente.

Quando se diz "as políticas são imbecis", nenhum sujeito é diretamente afetado, mas quando se afirma que "os membros do partido são corruptos", eles são. Mesmo que o fato de atingir ou não a dignidade esteja relacionado a uma sutileza na forma do falante de se expressar ou no alvo que ele escolhe para agredir, não se pode negar que a distinção seja possível de ser feita. Contudo, ainda não foi respondida a razão pela qual ela deva ser feita. Aqui reside, provavelmente, a maior deficiência do argumento de Waldron. Apesar de as categorias que ele apresenta serem formalmente viáveis de serem concebidas, e de ser possível fazer a distinção entre indignidade e ofensa simples, por qual motivo deveríamos fazê-las?

Pode a legislação ter uma função pedagógica? A resposta é pela afirmativa. Entretanto, a experiência tem demonstrado que as ações políticas são mais eficazes em transformar as práticas sociais do que a ação punitiva do Judiciário. O sistema penal é um exemplo formidável disso, embora em outro contexto. Assim, é forçoso reconhecer que os argumentos de Waldron fraquejam diante destas objeções.

Ainda insistindo neste ponto, é notório que Waldron recorre a pressupostos da filosofia política liberal para tentar sustentar sua tese (como a defesa dos direitos e liberdades civis e a igualdade formal entre os cidadãos), retirados de autores liberais como Locke e Voltaire. A ideia da sociedade bem ordenada, que Leiter ironiza na comparação com um mercado inglês, é um exemplo disso. Contudo, é provável que a mostra

mais evidente desta asserção esteja no derradeiro capítulo de sua obra (de Waldron), intitulado *Toleration and Calumny*.¹⁸

Neste capítulo, Waldron recorre à ideia de tolerância religiosa presente nas formulações de conhecidos filósofos liberais, como Locke e Voltaire¹⁹, para defender suas concepções a respeito de uma sociedade bem ordenada ou democraticamente estabelecida. Por trás de toda a argumentação engendrada por ele, pode-se extrair a seguinte formulação de fundo: se mesmo os filósofos liberais admitiam restrições à liberdade de expressão, por que nós não haveríamos de admiti-la? E: uma sociedade democrática não é verdadeiramente democrática se nela não houver tolerância. Aqui, tolerância se estenderia ao rechaço às manifestações de ódio, pois, como Waldron mesmo diz, "[...] what we have seen from the Enlightenment philosophers is that public order means more than just the absence of fighting." (WALDRON, 2012, p. 232).

É evidente todo o esforço empreendido por Waldron para defender sua posição dentro dos pressupostos liberais²⁰ que adota em sua filosofia política. Talvez seja esta a mais contestável inconsistência de sua tese. Mesmo válidas do ponto de vista argumentativo, suas concepções parecem, a todo o momento, entrar em contradição com as linhas gerais do liberalismo político. Por um lado, Waldron fundamenta sua argumentação na filosofia política liberal, seja pelos autores clássicos escolhidos, seja pelas vezes em que faz ressalvas sobre se adotar uma postura mais liberal em relação ao discurso de ódio sempre que o caso for complexo. Por outro lado, ele tem dificuldade em lidar com a questão da máxima autonomia possível da sociedade civil em relação ao Estado ou da mínima intervenção do público em questões particulares, um corolário da filosofia liberal. Ele propõe adotar medidas restritivas enquanto o liberalismo grita contra as restrições.

¹⁸ Ver o capítulo 9 em *The harm in the hate speech* de Waldron (2012).

¹⁹ *And all this is against the background of a commitment — which Locke shared with Bayle, Voltaire, and Diderot — to the common presence and respectful dignity in civil society of all those engaged in mutual toleration.*" (WALDRON, 2012, p. 230).

²⁰ Vamos assumir aqui uma definição propedêutica de liberalismo, visto que um aprofundamento deste conceito extrapolaria aos propósitos deste estudo. "Contra todas as possíveis formas de Estado absoluto, o Liberalismo, ao nível da organização social e constitucional da convivência, sempre estimulou, como instrumentos de inovação e transformação social, as instituições representativas (isto é, a liberdade política, mediante a participação indireta dos cidadãos na vida política e a responsabilidade do Governo diante das assembleias e/ou dos eleitores) e a autonomia da sociedade civil como autogoverno local e associativo ou como espaço econômico (mercado) e cultural (opinião pública) no interior do Estado' não diretamente governado por ele." (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, p. 700-701)

Tivesse Waldron optado por adotar outros pressupostos teóricos, é possível que sua posição fosse mais defensável. Vejamos. Uma saída seria considerar o discurso de ódio como uma forma de violência a ser coibida, uma violência simbólica. Na esteira das ideias de Bourdieu (1989), a violência simbólica é toda linguagem que veicula significados como certos dissimulando as relações de poder previamente existentes. Ou seja, a violência simbólica induz o indivíduo a se posicionar de acordo com o discurso dominante de forma a legitimá-lo sem questionar. É fácil visualizar a conexão disto com as situações envolvendo discurso de ódio. Ainda que isto não resolvesse por si só os problemas da teoria de Waldron, poderia acrescentar alguma riqueza conceitual ao debate.

Da mesma forma, outra linha que poderia ser adotada envolve as lutas de determinados grupos sociais pelo seu reconhecimento na sociedade. Poderíamos mencionar aqui, a título de exemplo, a teoria de Honneth (1996) sobre as formas de reconhecimento do sujeito baseadas em afeição e autoconfiança, através de leis e declarações de direitos e na solidariedade social e autoestima. Seria possível defender que o discurso de ódio impede a afirmação do ser enquanto consciência de si²¹ na sociedade. Todavia, este é um caminho deliberadamente rejeitado por Waldron quando critica as políticas de identidade.²²

Na forma como está construída, a teoria de Waldron não resiste a um exame mais profundo de seus pressupostos teóricos de filosofia política, ao contrário do que acontece com a teoria de Dworkin²³. Essa contradição de Waldron fica evidente quando ele mesmo se vê forçado a admitir que, diante de uma situação de muita complexidade (como o caso dos cartuns dinamarqueses que ele cita), a lei deve ficar do lado liberal.²⁴ Diríamos, assim, que a teoria dele se apresenta como uma teoria contra o discurso de ódio *ma non troppo*.

Diante disso, Waldron se apresenta numa espécie de "crise de consciência": seus pressupostos teóricos liberais o obrigam a uma posição não radical em relação à proibição do discurso de ódio por mais que seu senso de justiça lhe diga o contrário. Contudo, como salientou Koppelman

²¹ Numa clara alusão à dialética do senhor e do escravo da filosofia de Hegel.

²² "I think that what we call identity politics is largely an irresponsible attempt on the part of individuals, groups, and communities to claim more by way of influence and protection for their interests and opinions than they are entitled to." (WALDRON, 2012, p. 131).

²³ A visão de Dworkin mencionada aqui é aquela encontrada, sobretudo, em "Temos direito à pornografia?", presente no livro *Uma questão de princípio*. (DWORKIN, 2011, p. 497-554). Por razões de recorte metodológico não vamos abordá-la aqui diretamente.

²⁴ "As I have argued throughout this book, where there are fine lines to be drawn the law should generally stay on the liberal side of them." (WALDRON, 2012, p. 126).

(2011, p. 1221), seu esforço teórico há de ser reconhecido, pois, mesmo que sua tese não consiga alterar a legislação estadunidense, ela talvez possa alterar a forma como a sociedade daquele país pensa o discurso de ódio, o que, para Koppelman, já seria louvável.²⁵

CONCLUSÕES

A hipótese principal do trabalho aqui desenvolvido foi tentar demonstrar que, além das objeções comumente feitas à teoria de Waldron (dentre as quais escolhemos a de Leiter como exemplar), também deve ser acrescentada outra objeção: a de que os pressupostos teóricos escolhidos por Waldron não permitem chegar às conclusões que ele pretende. Se ele parte de pressupostos da filosofia política liberal, que enfatizam a máxima liberdade de expressão, a conclusão deveria apontar para a não proibição do discurso de ódio. Mas não é o que ocorre. Portanto, para além de tomar partido na discussão sobre se deve ou não ser regulado o discurso de ódio, a proposta deste estudo é indicar que, em se optando pela regulação, a teoria de Waldron não ofereceria parâmetros adequados para tal tarefa, uma vez que tal regramento implicaria, necessariamente, em restrição da liberdade, o que contraria a filosofia liberal. Deste modo, a tese normativa que o autor apresenta é insuficiente para abarcar a complexidade do problema do discurso de ódio.

Assim sendo, não que uma defesa da proibição do discurso de ódio não seja possível, mas ela não é possível da maneira como propõe Waldron. Ao escolher autores iluministas como Locke e Voltaire como bases filosóficas do seu pensamento, Waldron parece se encaminhar para uma posição permissiva do discurso de ódio. Contudo, ele julga poder encontrar nestes autores elementos que possibilitem a defesa da limitação do discurso. Baseando-se nas reflexões de Locke sobre a tolerância, por exemplo, ele acredita que o filósofo poderia ter uma posição pela restrição do discurso, usando suas considerações como argumentos de autoridade. Entretanto, mesmo condenando a perseguição religiosa, o filósofo não seria necessariamente favorável à limitação do discurso.

Num cenário no qual predomina um pensamento liberal, ou ao menos tem predominado historicamente, como é o norte-americano,

²⁵"Waldron has made a great contribution by thinking of free speech as a responsibility-right. This is the way it should be thought about. What Americans really need to learn from him is not to change their rules, but to change the way we think." (KOPPELMAN, 2011, p. 1221).

é compreensível que Waldron deseje sustentar sua tese em pensadores conhecidos que figuram no cenário teórico do liberalismo. Todavia, mesmo que sua estratégia seja interessante, a contradição entre os pressupostos e a conclusão é evidente. Reforce-se uma vez mais que, quando diante de um caso complexo (um *hard case*), o próprio Waldron é forçado a ficar com a opção mais liberal, como apontado anteriormente na análise do caso dos Cartuns Dinamarqueses feita por ele.

Portanto, acredita-se que tenha ficado evidente que o pensamento de Waldron está construído em cima de alicerces frágeis. Apesar de todo o esforço do autor em oferecer fundamentos à sua tese contrária ao discurso de ódio, ela apenas consegue atingir aqueles já estiverem propensos à proibição do *hate speech*. Mesmo que se compartilhe da posição do autor, há que se reconhecer que sua tese é difícil de ser sustentada em si mesma. Daí a pertinência da formulação de Waldron receber comentários como o de Koppelman, que reconhecem o mérito de Waldron mais como um apelo a uma mudança de mentalidade no cenário político de seu país do que como uma tese normativa para o estabelecimento de uma política legislativa, por exemplo.

Para finalizar, consigna-se um rápido adendo. Outra questão interessante, muito embora não suscitada, é ser a dignidade (*dignity*) um conceito fundamental na tese de Waldron e ele não se valer da filosofia de Kant para embasá-lo. Contudo, deixemos essa constatação apenas a título de comentário vez que não é o mote do problema aqui levantado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília, DF: Editora UNB, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

CAPOCCIA, Giovanni. Militant Democracy: the institutional bases of democratic self-preservation. **Annual Review of Law and Social Science**, Oxford, v. 9, p. 207-226, 2013. Disponível em: <http://users.ox.ac.uk/~ssfc0073/Writings%20pdf/Capoccia%20ARLSS%202013.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. Temos direito à pornografia? In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

HONNETH, Axel. **The struggle for recognition**: the moral grammar of social conflicts. Cambridge: MIT Press, 1996.

KOPPELMAN, Andrew. Waldron, responsibility-rights and hate speech. **Arizona State Law Journal**, v. 43, p. 1201-1221, 2011.

LEITER, Brian. **Waldron on the regulation of hate speech**. University of Chicago Public Law & Legal Theory Paper No. 398, 2012. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/373/. Acesso em: 20 nov. 2016.

RAWLS, John. A well-ordered society. In: LASTETT, P.; FISHKI, J. **Philosophy, Politics, and Society**. New Haven: Yale University Press, 1979.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm and hate speech. **Law and Philosophy**, v. 32, n. 6, p. 701-728, nov. 2013.

WALDRON, Jeremy. Dignity and rank: in memory of Gregory Vlastos (1907-1991). **European Journal of Sociology**, v. 48, n. 2, p. 201-237, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, rank and rights**. The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 151, 2009. Disponível em: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1150&context=nyu_plltwp. Acesso em: 01 ago. 2016.

WALDRON, Jeremy. Dignity, rights, and responsibilities. **Arizona State Law Journal**, v. 43, p. 1107, 2011.

WALDRON, Jeremy. **The harm in the hate speech**. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2012.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: APORTES PARA UM NOVO PROCEDIMENTO DE INVESTIDURA DE MINISTROS

THE FEDERAL SUPREME COURT AS A CONSTITUTIONAL COURT: CONTRIBUTIONS TO A NEW PROCEDURE FOR APPOINTMENT OF JUSTICES

José Duarte Neto*

Rudson Coutinho da Silva**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O movimento histórico da especialização de poderes. 2 A emergência dos Tribunais Constitucionais e da jurisdição constitucional. 3 A legitimidade e a legitimação dos Tribunais Constitucionais: sistemas de investidura. 4 Sistemas de Investidura de Tribunais Constitucionais e Cortes Constitucionais: um estudo de direito comparado. 4.1 Os Sistemas Europeus de Investidura. 4.2 Os Sistemas americanos de Investidura. 5 O Supremo Tribunal Federal e a gênese de um Tribunal Constitucional. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A soberania historicamente se especializou em várias funções para diferentes órgãos. Os Tribunais Constitucionais surgem no século XX como uma função especializada. Eles têm jurisdição para proteger a Constituição. Seu modelo se espalhou para os países europeus, com uma organização diferente da estrutura do Poder Judiciário. Existem diferenças entre eles em questões como a competência das Cortes e a nomeação, permanência no cargo e independência de seus juízes. A Constituição Federal de 1988 criou o Supremo Tribunal Federal como um uma Corte de Justiça. No entanto, concedeu-lhe parte dos poderes de um Tribunal Constitucional. Emendas à Constituição Federal, leis promulgadas e a jurisprudência da Corte também estabeleceram uma jurisdição extra. Mas o Supremo Tribunal Federal persiste estruturalmente ainda como uma Corte Suprema. Essa situação política e constitucional única cria crises entre as três funções políticas de um sistema presidencial de governo. É necessário discutir uma solução, e a discussão recomenda

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2009). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Professor Assistente Doutor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Câmpus de Franca. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESP-Câmpus de Franca. Chefe do Departamento de Direito Público (mandato 2013/2014 e 2015/2016). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado Acadêmicos) da UNESP - Câmpus de Franca (Quatriênio 2017-2021). Coordenador do NEPECC - Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão "Constituição e Cidadania".

** Mestrando em Direito pela da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Campus de Franca. Professor da Uniara, Universidade de Araraquara. Membro - categoria discente de Pós Graduação - do NEPECC, Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão "Constituição e Cidadania" da UNESP. Procurador da República.

Artigo recebido em 03/07/2020 e aceito em 07/07/2020.

Como citar: DUARTE NETO, José; SILVA, Rudson Coutinho da. O Supremo Tribunal Federal como tribunal constitucional: aportes para um novo procedimento de investidura de ministros. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 37, p. 95-130. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

o estabelecimento de um Tribunal Constitucional. Essa mudança requer, entre outros tópicos, o debate sobre o processo de nomeação de seus juízes. Existem diferentes formas de nomeação em todo o mundo. O objetivo deste artigo é, do ponto de vista comparativo, iniciar o debate sobre o modelo de nomeação mais adequado para o nosso sistema político, bem como sobre as necessidades relacionadas à criação de um Tribunal Constitucional.

Palavras-chave: separação de poderes. tribunais constitucionais. Supremo Tribunal Federal. procedimento de investidura de ministros.

ABSTRACT: *The sovereignty has historically been specialized in various functions to different bodies. The Constitutional Courts emerges in the 20th century as an specialist function. They have jurisdiction to protect the Constitution. Their model spread to the European countries, with a different organization from the structure of the Judiciary Power. There are differences between them in matters like the jurisdiction of the Courts and the appointment, tenure and independence of their Justices. The Federal Constitution of 1988 created The Federal Supreme Court like a Court of Appeals. However, it gave it part of the powers of a Constitutional Court. There have been Amendments to the Federal Constitution, enacted laws and the Court's jurisprudence that, in the same way, have established extra jurisdiction. Despite them, the Federal Supreme Court persist structurally yet as a Court of Appeal. This unique political and constitutional situation creates crises between the three political functions of the presidential system of government. A solution must be discuss, and the discussion recommends the change to a Constitutional Court. This changing requires, among other topics, the debate about the nomination's procedures of their Justices. There are different ways of appointment of Justices around the world. The aim of this paper is, from a comparative point of view, to initiate the debate on the most appropriate nomination model for our political system, as well as to the needs related to the creation of a Constitutional Court.*

Keywords: separation of powers. constitutional courts. Federal Court of Justice. procedure for appointments of justices.

INTRODUÇÃO

Em 1921, no período entre guerras, chegava às livrarias francesas por meio da Editora Giard, um opúsculo de autoria de Édouard Lambert e que tinha por sugestivo nome “O governo dos juízes” (*Le gouvernement des juges*). Professor da Universidade de Lyon, o autor apresentava ao público europeu, em especial ao francês da III^a República, o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade americano. Em um sistema jurídico constitucional que ainda se erigia sobre a ideia da lei enquanto expressão da vontade geral, um governo dos juízes era um sacrilégio ao princípio da separação de poderes e à própria compreensão francesa do que devia ser uma Constituição (art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). As páginas traziam uma crítica ácida ao poder dos juízes de barrarem os avanços e os reclamos sociais que chegavam até ao poder legislativo e se concretizavam por vias legais. O exemplo mais claro era o *case Lochner vs New York* (1905). Na Europa constitucional ainda era polêmica a ideia de um terceiro poder invalidar as leis produzidas pelo Parlamento. Não foi por outro motivo que em 1928, primeiramente em

uma Revista Francesa, Hans Kelsen publicaria “A garantia jurisdicional da Constituição - A justiça constitucional” (*La garantie jurisdictionnelle de la Constitution - La justice constitutionnelle*). Na obra, defendia a exigência de um controle de constitucionalidade, uma garantia normativa da Constituição, mas confiada a um poder diferente do poder judiciário. Uma quarta função, que a despeito de intitulada *justice constitutionnelle*, Kelsen descrevia como obra de um “legislador negativo”.

Uma tradição histórica que resistia ao controle judicial da política que se exprimia pela lei e a exigência de uma fiscalização que tivesse por parâmetro a Constituição compreendida como norma – duas acepções em torno das quais as duas obras gravitavam – exigiram a criação dos Tribunais Constitucionais. Consistiram os últimos na solução para o impasse nos ordenamentos jurídicos constitucionais do *Civil Law*. Sua estrutura e sua dinâmica são os temas centrais quando se investiga a temática da jurisdição constitucional. Mormente pela preponderância no debate das questões sobre a sindicância concentrada e abstrata de constitucionalidade. É o sistema que prepondera desde então.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal não constitui um Tribunal Constitucional, mas uma Corte de Justiça, pois sua competência não se limita ao controle de constitucionalidade das normas. Goza, por outro lado, de uma independência bastante acentuada, que o tem permitido avançar sobre áreas de atuação em que é questionável sua legitimidade. Carente de um estatuto de deveres funcionais, tampouco há procedimento ou órgão alheio que controle o cumprimento desses deveres.

A partir de um estudo de Direito comparado, o artigo pretende avaliar as formas de investidura em algumas Cortes europeias e americanas, traçando linhas distintivas com o modelo previsto na Constituição de 1988, buscando iniciar a discussão quanto a ajustes que o modelo brasileiro pode comportar. Dentre os aspectos analisados estão as formas de indicação, o número de membros e a existência de mandato por tempo definido.

A controvérsia sobre o procedimento de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não está esgotada, pois descortina soluções e problemas sobre a funcionalidade e a legitimidade do seu exercício jurisdicional. Controvérsia parecida houve no início do século XX, quando a Suprema Corte Americana nulificava as soluções encontradas pelo legislador para os dilemas da sociedade civil. Justificou que Lambert denominasse aquele sistema de o “governo dos juízes”. A mesma perplexidade, sem o estilo e a propriedade do professor francês, anima-

nos a sugerir um novo procedimento de escolha para quem se propõe a exercitar competências de um Tribunal Constitucional, sem ainda o ser.

1 O MOVIMENTO HISTÓRICO DA ESPECIALIZAÇÃO DE PODERES

Após a Segunda Grande Guerra, as Constituições passaram a ter um plano de incidência ampliado. Pretenderam regular toda a sociedade e não somente o Estado e a organização política. Como à organização política acresceram-se princípios de legitimação política ^{3/4} com fins explícitos de emancipar as sociedades e povos ^{3/4} a normatividade ganhou em importância, ainda que não se tenha como separar a constituição real da normativa, pois com ela coordenada. Essa revalorização tem os Tribunais Constitucionais como *lócus* de concretização constitucional e as discussões passam a centrar-se sobre o controle de constitucionalidade e hermenêutica. Por óbvio, que os Tribunais Constitucionais, no sentido ora empregado, devem ser entendidos como outro poder e não como implicado com o Poder Judiciário, ainda que, em vários ordenamentos jurídicos, organicamente não estejam separados. Se em algumas realidades constitucionais não existe uma distinção orgânica, funcionalmente operam de forma diversa.

Em três séculos de desenvolvimento, em fases sucessivas, a soberania foi funcionalmente especializada. Isso permite a identificação de seis blocos correspondentes – a depender da predominância de um poder estatal e de suas especializações funcionais – a confluir na emergência dos Tribunais Constitucionais. Com essas premissas, segundo a evolução da organização política desde o Estado Absoluto, é possível identificar um sistema de poderes concentrados, que evolui para a bipartição, tripartição, tetrapterição, pentapterição e hexapterição de poderes, correspondendo o último ao advento dos Tribunais Constitucionais. Com o fim do medievo, conheceu-se um período de concentração política. As transformações sociais, econômicas e política exigiram segurança jurídica e a expansão de espaço político absorvente possibilitou o aparecimento do Estado moderno, burocrático e concentrado. A absolutização, ausência de especialização, das funções estatais. O mesmo processo histórico, contudo, logo levou o Parlamento, representando a nação, a sobrepor-se ao rei e colocar fim à ideia de Constituição mista (herança medieval de equilíbrio entre estamentos). A mudança foi sacramentada pelo *Bill of Rights* de 1689. Os seus treze pontos formularam os princípios básicos da organização constitucional britânica,

a supremacia do Parlamento, o que provocou uma bipartição de poderes. É também da experiência britânica que se saltará para a tripartição, mediante o olhar observador de Montesquieu sobre a Constituição da Inglaterra. A última, histórica e costumeira, até meados do século XVIII, conferia ao rei a prerrogativa de nomear magistrados. Mas no texto de legislação promulgada pelo Parlamento para resolver a sucessão dinástica – Ato de Estabelecimento (*Act of Settlement* 1701) –, concedeu-lhes (juízes) a prerrogativa de manterem seus cargos enquanto demonstrassem bom zelo profissional, de perceberem vencimentos certos de acordo com os ditames legais e não serem afastados salvo por decisão do Parlamento. Foi a institucionalização da independência judiciária. Exportada para outros ordenamentos, em especial quando da independência das colônias inglesas na América, os *founding fathers* se inspiraram nesta tradição jurídica, que também compartilhavam enquanto colonos ingleses na América. A leitura que Montesquieu faz sobre a especialização de poderes na Inglaterra, será empregada como instrução de engenharia constitucional para as nascentes instituições americanas, que foram formuladas, não com fundamento nos costumes em moldes da matriz histórica inglesa, mas em um texto normativo sistematizado e rígido. Assim sendo feito, a especialização e diferenciação do poder judiciário em relação à esfera política, possibilitou que a última se subordinasse ao direito, ao Estado de Direito. Com isso, o poder judiciário ganhou maior independência e prematuramente a atribuição de controlar a constitucionalidade das normas. Enquanto isso, do outro lado do oceano atlântico, em terras britânicas, a força inexorável das necessidades sociais e políticas exigiria a emergência da função governativa, com a diferenciação da representação do Estado da atribuição para estabelecer a diretrizes de governo. O governar que antes se cingia a simples manutenção da ordem e, por vezes, o exercício do poder de polícia, passa a exigir a tomada de posições, a preservação e o comprometimento de interesses da coletividade. Esse movimento pela tomada de posições (parcialidade) no exercício da função governamental não poderia ser realizado por uma autoridade hereditária e vitalícia (rei). A transformação acontece de forma natural e pela cessão empreendida pelo monarca da função governativa a um Ministro nomeado e de sua confiança e que terá por incumbência tratar diretamente a função de governo com o parlamento. Cada vez mais, com o passar do tempo, a efetividade da política governamental passa a depender mais da confiança parlamentar do que do rei. A agenda de governabilidade é desdobramento das diretrizes parlamentares e não das orientações monárquicas. Se o poder

de governo foi transferido a um órgão especializado (Gabinete), o Monarca permaneceu com a importante tarefa de defender a ordem constitucional. O sucesso da cisão da chefia de governo e da chefia de Estado será exportada para a Europa continental em moldes peculiares. O sistema de governo parlamentar, impulsionado por partidos de massas, possibilitará o advento do Estado Social de Direito. A ideia permitiu que na Europa continental – ao invés de um parlamentarismo clássico, em moldes ingleses – fosse implantado um parlamentarismo dinamizado pelos partidos de massa que permitiram a evolução para o Estado Social de Direito. É que se a Chefia de Estado, além da representação do Estado, cumulava a função neutra e apartidária de árbitro das forças políticas plurais e partidárias, a chefia de governo traduzia a força política majoritária e que por eleições obtivera a tarefa de imprimir certa direção política às tarefas do Estado. O Estado, já no século XX, caracteriza-se não somente pela exigência de garantir a lei e a ordem para o exercício das liberdades individuais, mas também por um escopo certo de implementar serviços, criar proteções sociais e mobilizar a atividade econômica. As novas tarefas, por seu lado, impõem uma nova estrutura e que não se confunde com as competências de imposição de diretrizes governamentais (chefe de governo), mas sua execução por uma burocracia permanente, pois não se confunde com a política governamental em vigência, formada por um corpo de servidores técnicos, apartidários e vinculados profissionalmente ao Estado. A administração pública, enquanto um quinto momento de desmembramento da soberania em especialidade, aprofunda o Estado de Direito e possibilita com eficiência a solução dos problemas de um Estado destinado a uma sociedade com complexidade cada vez maior (SOUZA JÚNIOR, 2002; FERREIRA FILHO, 1993, p. 3-78).

Com a especialização das funções e consolidado o Estado Democrático de Direito – a organização política limitada e capilarizada por um Direito democrático e pluralista – o cenário estatal estava preparado para a institucionalização orgânica de uma sexta função: os Tribunais Constitucionais.

O advento dos Tribunais Constitucionais, entretanto, somente foi possível a partir do momento em que as constituições deixaram de ser meros pactos constitucionais entre forças políticas. Se para o Constitucionalismo clássico as constituições eram compreendidas como pactos entre forças políticas – agentes de poder que mutuamente se limitavam e fiscalizavam e que tinham no texto constitucional um instrumento desse equilíbrio –, para o Constitucionalismo social são elas, sobretudo, alavancas normativas de

transformação da realidade, pois documento no qual estão firmadas as disposições normativas mais importantes, o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o suporte axiológico e jurídico de todos os ramos do Direito e o padrão a que todas as demais normas estão adstritas, sob pena de invalidade. Ou seja, a força normativa da Constituição condiciona a realidade e por ela é condicionada.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1991, p. 14-15).

Daí que os Tribunais Constitucionais ocupam a posição de causa e consequência da normatividade constitucional. A eficácia normativa constitucional – e sua posição de parâmetro de conformação do ordenamento jurídico – só se mostra possível, de um lado, com a presença dos Tribunais Constitucionais. Os Tribunais Constitucionais, de outro, não se confundem com a função própria do Poder Judiciário. Confundi-la – e é o que se procurará demonstrar – traz difíceis consequências e disfuncionalidade ao Poder Judiciário: a) a assunção de funções próprias de um guardião da Constituição – qualidade de uma esfera política que sobrepareira aos demais poderes – retiraria sua neutralidade para implementar a supremacia do Direito; b) haveria uma politização exacerbada da vida jurídica e judiciária e a absorção de questões que originariamente exigiriam uma solução pelos poderes de representação popular.

2 A EMERGÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A consolidação do Estado Democrático de Direito exigiu uma especialização e delimitação de funções estatais. Muitas conferidas a um órgão independente, dotado de prerrogativas e garantias para manutenção

de sua autonomia. O sistema de governo no qual havia uma concentração de funções migrou para uma bipartição de funções e, em seguida e inexoravelmente, para uma tripartição, tetrapartição, pentapartição e hexapartição. Na última das fases, coroada pelos Tribunais Constitucionais, a função de controlar a constitucionalidade da produção normativa se destaca e ocupa uma posição de guardião sobre os demais poderes. Uma das notas que se teve o cuidado de frisar é que a “atividade” dos Tribunais Constitucionais não se confunde com aquela do Poder Judiciário, ainda que não seja raro a inserção orgânica das Cortes Constitucionais em capítulos do texto constitucional intitulados “Do Poder Judiciário”. A ressalva é importante para que se note que se está diante de uma especialização e diferenciação de “funções”, mesmo que, por vezes, institucionalmente disponha da mesma estrutura burocrática (mesmo orçamento, aparelho burocrático, prerrogativas funcionais, etc). Ou seja, trata-se de uma especialização de “essência” e não de “forma”. Os dois órgãos dotados de competência constitucional de controle de constitucionalidade, comungam a mesma função (jurisdição constitucional), mas com status diferentes na relação entre poderes.

Os Tribunais Constitucionais (e as Cortes Constitucionais), a partir do momento em que assomam no cenário político-constitucional, têm por função precípua a preservação do Direito, compreendido como um rol (sistema) de Direitos Fundamentais, geralmente positivado em um Constituição escrita e rígida. Rígida porque suas disposições estão protegidas do processo legislativo comum e do legislador ordinário, asseguradas por um rito solene de transformação normativa. A diferença procedural de produção e modificação entre as normas de estatura constitucional e as demais presentes no ordenamento jurídico confere supremacia formal às primeiras e a supremacia lhes faz de medida e parâmetro para fiscalização de toda a produção jurídica¹. Os Tribunais Constitucionais, por isso, são o *lócus* constitucional para preservação da

¹ “Uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade de atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. [...] Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória?” (KELSEN, 2007, p. 179).

supremacia da Constituição e fiscalização do ordenamento diante de um sistema de Direitos Fundamentais positivados. Constituem não somente o espaço político para sua concretização, mas também estão dotados de instrumentos para empreender a tarefa.

A expansão da jurisdição constitucional na Europa continental, por obra dos Tribunais Constitucionais, coloca em evidência a função de controlar a constitucionalidade das leis e norma². A função prepondera e inaugura um riquíssimo debate teórico sobre um rol extenso de assuntos que lhe toca, entre eles, os modelos e sistemas de controle de constitucionalidade, os instrumentos processuais de sindicância constitucional, a legitimidade do exercício da função.

É evidente que existem sistemas distintos de controle de constitucionalidade e é plural o seu emprego. Mesmo a eficácia da fiscalização está condicionada por distintas variáveis, sobretudo, pelo exercício funcional da fiscalização: a) negativo, quando suprime a norma ou o ato normativo que desatende os preceitos constitucionais; b) positivo, quando permite a concretização e o desenvolvimento das normas constitucionais. A estrutura constitucional do órgão destinado a empreender a fiscalização (Tribunais ou Cortes constitucionais) e sua relação com os demais poderes ou a forma de investidura e cooptação de seus membros são variáveis igualmente relevantes que condicionam o exercício funcional da fiscalizadora (DUARTE NETO, 2010, p. 177-194).

O modelo de constitucionalismo que tem por característica a presença de órgãos destinados à fiscalização de constitucionalidade emerge após o final da Segunda Guerra Mundial e se consagra na última quarta parte do século XX. Exsurge ao menos como mais um espaço, senão o mais relevante, no cumprimento e realização do texto constitucional. Como se logrou demonstrar no capítulo anterior, enquanto movimento de cisão de especialização funcional da soberania (jurisdição constitucional), os Tribunais e as Cortes constitucionais se assentam ao lado dos demais poderes. Nunca em perfeita simetria, a despeito do enunciado normativo das diferentes constituições. Não é, por isso, errado dizer que o período que medeia o final do século XVII até o início do século XX foi caracterizado pela predominância do parlamento, espaço que era de realização do

² A informação pode levar à compreensão equivocada de que a Europa não dispôs antes da pretensão para fiscalizar a constitucionalidade das normas. Não é uma informação inteiramente verdadeira. Sièyes na Constituição do Ano III ensaiou um controle por meio do que chamou um *Jury constitutionnaire*. A organização constitucional portuguesa conheceu um modelo incidental e difuso (em moldes americanos). Não era, entretanto, o que predominava.

Estado liberal (SCHMITT, s.d., p. 14-18), enquanto após a primeira guerra mundial, o constitucionalismo social exigiu uma predominância do executivo na implementação de direitos sociais e econômicos (FERREIRA FILHO, 1995, p. 57-125). Os Tribunais e também as Cortes constitucionais fecham o período.

Essa ascendência não é livre de problemas, quer no que se refere ao debate teórico sobre a sua legitimidade enquanto fonte prioritária de produção do direito, quer no que se refere ao impacto que a composição da Corte tem na produção de decisões diante de questões semelhantes. A primeira indagação, de ordem principalmente teórica, questiona a exata compreensão do que deve ser entendido como uma democracia constitucional e como institucionalmente se veicula em decisão a vontade do soberano (povo): representantes eleitos ou juízes técnicos. A segunda, de caráter bem mais prático, leva em conta a maneira como juízes são investidos e o impacto da forma de investidura em sua maior ou menor independência. Por óbvio que não são questões estanques, mas que se tocam e que envolvem o modelo de decisão esperada e o órgão de exercício da soberania para enunciá-la (DUARTE NETO, 2019, p. 210).

O debate teórico sobre os Tribunais Constitucionais e as Cortes de Justiça, sobre o controle de constitucionalidade realizado por juízes e a solução de questões fundamentais da comunidade política foi colocado por dois autores da tradição do *Common Law*: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. De um lado, Ronald Dworkin construiu seu pensamento sob o pressuposto de que as questões fundamentais da sociedade devem ser solucionadas pelos juízes, por meio da aplicação de princípios jurídicos e de sua leitura moral. De outro lado, Jeremy Waldron insiste na disfuncionalidade da proposta e constata que a solução das mesmas questões pelo órgão de representação popular não perde em eficiência e legitimidade.

A obra de Dworkin esteve ligada ao sentido da interpretação empreendida pelo jurista. O intérprete acaba sendo um criador, pois ao empreender a interpretação obrigatoriamente supera estágios, e entre eles, a descoberta dos fins e objetivos do texto legal. Logicamente, os diferentes textos submetidos a leitura não dispõem à *prima facie* de um sentido impresso por seu elaborador. Logo, os juristas devem interpretar a Constituição como um instrumento normativo dotado de princípios de justiça. Diante de um texto ambíguo, quando cotejado com a Constituição, caberá ao intérprete conferir o sentido que mais se acomode aos princípios de decência moral. Pressupõe que a leitura moral não é excepcional.

Em verdade, ocorre dentro da normalidade empreendida pelos juízes. A concretização de princípios morais, dessa feita, estaria dentro da tradição do direito (americano). É uma tarefa que exige habilidades técnicas daquele que maneja a Constituição. Por conseguinte, não é obra para os parlamentos, mas sim para os juízes que nunca se omitiram quando provocados. A Democracia, por conseguinte, não é uma forma de governo que se caracteriza tão só pela vontade da maioria, mas cujas instituições, em uma orquestração conjunta, possibilitam uma idêntica consideração e respeito a todos os seus membros. Quando da concretização de direitos fundamentais, não há lugar para que as maiorias decidam sobre os limites de seus próprios interesses. Mormente porque em situações idênticas há o grave perigo das minorias terem seus interesses comprometidos ou lesados. Os mais distintos regimes autoritários contam ou produzem maiorias e não conferem idêntico respeito a todos os membros da coletividade. A Democracia Constitucional, dessa maneira, estaria mais próxima da ideia de parceria (*partnership*), na qual cada um e todos os membros têm idênticos respeito, dignidade e função social. Os Tribunais têm essa espinhosa tarefa de concretizar essa “parceria” e a desenvolvem com excelência maior do que os órgãos coletivos de representação (DWORKIN, 2008, p. 163-203).

Delegar decisões de princípio a um órgão majoritário exigiria grande maturidade política. Enquanto isso, prefere-se mitigar a democracia para impedir que ela mesma se arruine. Delegam-se as decisões constitucionais a pessoas ensinadas e treinadas a “levar direitos a sério”. Não importaria que esse mecanismo não se afinasse com o princípio democrático. Serve como um anteparo da democracia enquanto se desconfia da possibilidade de cidadãos não versados em direito decidirem com a competência de juristas sobre os princípios fundantes da comunidade política. Aqueles estariam mais sujeitos a submetê-los à permuta política, ao critério da utilidade, a transformá-los em *commodities*, a inseri-los no cálculo do “risco- país”. Parece que os juízes, ao menos, fazem parte de uma comunidade que lhes ensinou a prezar por certos princípios e valores que na esfera da pura política se submetem à barganha, egoística por definição. Juízes podem errar, mas confiamos mais neles do que em leigos que decidem por maioria. Juízes estariam aptos para a argumentação moral. O legislador não (MENDES, 2008, p. 188).

Por essa razão, a atividade dos juízes nunca será absolutamente livre do enfrentamento dos princípios. As normas constitucionais ¾ entre elas o *Bill of Rights* americano, consistente nas dez primeiras emendas à Constituição de 1787 ¾ são de enorme generalidade e abstração. Cabe ao juiz especificá-las, mas ao fazê-lo não poderá desconsiderar a tradição histórica do texto ¾ suas distintas interpretações ¾ e as exigências de seu tempo. A leitura, por esse prisma, não é individual, mas coletiva, pois vincula o passado e o futuro de um povo. O Juiz, segundo o autor, não é um sábio ou filósofo nos moldes da doutrina platônica. Ao contrário, deve ser um homem do seu tempo e com sensibilidade para as tradições, os costumes, as leituras e linguagem do Direito. Nesse ponto, o processo de interpretação estaria submetido a hierarquia da história, dos costumes e da tradição jurídica do ordenamento.

Jeremy Waldron, também inserido na tradição do *Common Law*, contrapõe-se. Para o autor, não há razões para se presumir que os direitos são melhor protegidos pelo *judicial review* do que por representantes eleitos para assembleias. É afirmação que deve ser confrontada com a essência do sistema e dos institutos e despregada de argumentos históricos ou do resultado das decisões. Afinal, as instituições estão inseridas em diversos Estados e diferentes tradições e culturas. Existem diferentes modelos de sindicância de constitucionalidade (e.g. *a priori* ou *a posteriori*, por Tribunais Constitucionais ou Cortes de Justiça, etc). Mas, em uma aproximação ideal, os modelos podem ser de duas ordens. Um modelo dito fraco (*weak judicial review*), no qual a legislação pode ser interpretada para uma outra compreensão do justo, mas nunca anulada. E um modelo forte (*strong judicial review*), que pressupõe a supremacia do órgão encarregado de dizer o Direito em relação aos demais poderes e às suas deliberações, o que o possibilita vincular-lhes por decisões obrigatorias e definitivas. Neste quadro, disfuncional ao sistema seria um controle de constitucionalidade forte. De um lado, as instituições representativas são justas e estão em boa ordem (*reasonably*), pois estabelecidas a partir de eleições livres, caracterizadas pela igualdade política e informadas por uma cultura e por uma deliberação democráticas. Em um sistema desta ordem, não há a garantia de existirem somente decisões justas, mas mesmo as injustas estão protegidas porque fruto do debate livre e sob o crivo do controle social. De outro, não se exclui a possibilidade do *judicial review*, exigindo-se tão só a presença de instituições judiciais justas e em boa ordem (independência judicial) e que acontecem quando os juízes só

decidem por provação (não *ex officio*), com respeito ao contraditório e à ampla defesa, a partir de um padrão de precedentes (*weak judicial review*). Um sistema constitucional dessa natureza necessita de um engajamento da sociedade e demais servidores do Estado na exata compreensão de uma pauta de direitos fundamentais e direitos de minorais. O debate livre possibilita que uma pauta de direitos seja compreendida não como uma recusa ou uma negação de direitos fundamentais de uns ou de outros, mas como diferentes visões sobre sua concreção. O dissenso sobre a compreensão dos direitos é uma realidade. Existe. Tem o mesmo *status* da divergência política. É da essência do regime democrático. Não pode ser desprestigiado ou negado, sob pena de se desprestigar a essência da democracia. Os que negam essa essência, pela defesa do *judicial review* como instrumento ótimo para implementação de direitos fundamentais, geralmente lembram das boas decisões, mas se esquecem das más. Quando lisonjeiam a solução jurisdicional de problemas de direitos fundamentais, fazem-no em questões controvertidas sobre raça, sexo ou outros assuntos de grave clivagem e, em verdade, não atestam o existente, mas propugnam um modelo. Sua abordagem é normativa. Em resumo, em um modelo ideal, em sociedades democráticas justas (*reasonable*) o maior problema está em que seus membros divergem sobre direitos. Em um sistema dessa natureza, a divergência é justa e é natural que se divirja. O necessário será que se encontre um procedimento para solucionar a divergência. Quando comparados, o procedimento do *judicial review* não é o melhor, mas o tomado pela via democrática representativa. Uma advertência: essa conclusão não se aplica para sistemas concretos (históricos), nos quais o problema real não é a divergência, mas instituições legislativas disfuncionais (WALDRON, 2006, p. 1346-1406).

O debate teórico aqui transscrito não é o único. Mas é importante porque os problemas ponteados pelos dois autores são os constantemente retomados pela publicística e sobre os quais as questões concretas e históricas gravitam. É indispensável conhecê-los, quer para retomá-los e a eles acrescentar outros de essência (universais), quer para a partir deles clarear ou solucionar o que lhe são acidentais (históricos, concretos e mutáveis).

Um deles será a forma de investidura nos Tribunais Constitucionais e nas Cortes de Justiça. O problema de investidura impacta não só a funcionalidade da sexta função que historicamente se “destaca” da unidade da soberania, mas porque possibilita a compreensão de uma maior ou menor independência do órgão e sua relação com os demais

poderes (de identidade ou de supremacia). Também porque está no âmago da questão da legitimidade (ou não) para o exercício de um controle de constitucionalidade forte (*strong judicial review*).

3 A LEGITIMIDADE E A LEGITIMAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: SISTEMAS DE INVESTIDURA

A legitimidade do Poder Judiciário não é discutida quando os seus membros se limitam a aplicar um Direito que não criaram. O mesmo não acontece quando são convertidos em criadores do Direito e fontes principais de produção jurídica ou mesmo quando a fiscalização de constitucionalidade dos demais poderes.

A ideia de uma jurisdição que não cria Direito e nem controla a constitucionalidade, mas se limita a aplicá-lo, está presente no constitucionalismo clássico. Sendo o Parlamento o *lócus* de afirmação da burguesia e da representação da “nação” (não do povo), o seu produto era a fonte primordial do Direito. Foi a razão pela qual o produto do Parlamento, por muito tempo, foi compreendido como expressão da vontade geral. A relação era estrita: a soberania pertencia à nação (titular da vontade geral), que decidia por seus representantes eleitos. Os representantes, por sua vez, exprimiam essa decisão pela legislação. Nessa situação não era possível para membros não eleitos desfazerem a expressão da vontade coletiva. Ao menos em moldes europeus, sequer jurisdição constitucional existia. Havia o poder judiciário com a função exclusiva de ser a “boca da lei” e, portanto, não havia espaço para se discutir a legitimidade de se dizer o Direito (DUARTE NETO, 2019, p. 210-214).

Essa situação se modifica com a implantação, na Europa continental, dos Tribunais Constitucionais. Inicialmente com a função assemelhada a de legislador negativo, de órgão encarregado de invalidar normas que confrontam a Constituição, aos poucos dispõem cada vez mais de uma função criativa e expansiva: invalidação de normas constitucionais produzidas pela atribuição reformadora, prolação de provimentos normativos, participação no processo legislativo com a imposição de posturas legiferantes e decisões que manipulam os efeitos temporais da invalidação.

Ora, a legitimidade dos Tribunais Constitucionais (e Cortes Constitucionais) para a jurisdição constitucional assenta-se sobre dois argumentos: a proteção dos direitos fundamentais e o controle dos demais

poderes e entes da federação (guardião das liberdades e do respeito ao travamento normativo constitucional) (ROUSSEAU, 2002, p. 28-31). Uma parte essencial na primazia (fática) dentro do sistema político, em relação aos demais poderes, está na prerrogativa de se interpretar em definitivo a Constituição (os poderes do Estado, dentro de suas competências, também a interpretam). Admitido que os Tribunais Constitucionais e mesmo os seus juízes não são vestais que, absolutamente neutros, exercem sua função. Mas ao contrário, fazem-no sob a influência das mais diferentes variáveis, sua forma de investidura (designação) é de importância ímpar para perscrutar (quantificar e valorar) a sua independência, a ressonância interna das correntes ideológicas presentes nos órgão de representação e na sociedade e o seu papel enquanto um dos *players* no sistema político constitucional (ora aliados, ora adversários). Todas essas variáveis estão presentes não somente no exercício funcional dos Tribunais Constitucionais e das Cortes de Justiça, como na escolha, procedimento, decisão e investidura daquele que ocupará o espaço enquanto seu membro.

Como se trata de órgão, que em um controle de constitucionalidade forte sobrepara os demais poderes, em cada investidura se exige um tratamento de aspectos atinentes ao princípio da soberania popular, diferentemente da investidura para órgãos jurisdicionais ordinários, nos quais a composição é de legitimação exclusivamente técnica. O princípio da soberania popular, por seu lado, obrigatoriamente remete aos princípios do pluralismo, da representatividade e da complementaridade. Ao princípio do pluralismo pela exigência de uma composição diversificada e em sintonia com minorias que estão alijadas das decisões majoritariamente tomadas pelos órgãos de representação. Vinculado ao princípio do pluralismo está o da representatividade, a exigência de que o nomeado reverbere a vontade de parcela dos que compõem o titular da soberania, o que exigirá a investidura por mandatos certos, não muito longos, com renovação periódica e não coincidentes com os do Chefe do Estado e Chefe do Governo, que na maioria das constituições tem participação no processo de composição dos Tribunais; a não coincidência dos mandatos é condição de exercício funcional independente. A renovação periódica e o mandato certo tornam a composição sensível para a evolução social. A representatividade exigirá, igualmente, um *quórum* elevado dentro dos colegiados legislativos para deliberação e escolha dos futuros juízes. É a garantia de que a nomeação dispõe de aderência social e não houve outra de igual representação para fazer-lhe frente (veto à designação).

Por fim, a complementaridade se refere a diversidade de experiências profissionais e sociais de seus membros, que devem provir de diversos segmentos sociais e instituições: da magistratura, do ministério público, da advocacia, do serviço público, do poder legislativo e da sociedade civil. A complementaridade faz com que experiências profissionais de várias origens vivifiquem a atuação do Tribunal (MORAES, 2000, p. 77-78).

Não é por outro motivo que a escolha envolve a convergência das vontades de outros órgãos de representação.

Mas não somente. Enquanto os órgãos de representação se definem pela escolha do povo por eleições, a marca dos Tribunais Constitucionais e das Cortes de Justiça consiste na independência. Uma vasta literatura tem se debruçado sobre a independência e identificado aquela que se denomina *de jure*, consistente no arcabouço normativo e institucional que possibilita o exercício livre de suas atribuições, sem interferências ou embaraços, e a garantia do cumprimento e obediência de suas decisões. Há ainda a independência de *facto*, que consiste na efetividade máxima, real, de se decidir de forma independente e de se lograr a obediência assentida de suas decisões. São diferentes os instrumentos institucionais que o promovem. Um deles o processo de investidura. “Aqueles que detêm o poder de nomear juízes também detêm o poder de influenciar as decisões. Assim, deve-se pensar em meios de seleção que insulem o selecionado daqueles que o selecionaram” (DUARTE, 2017, p. 20).

Uma análise acurada dos diferentes métodos empregados na designação de membros de Tribunais Constitucionais pode conferir perspectivas qualitativas sobre a legitimidade da investidura, ao oferecer variáveis para se avaliar a maneira de se implicar a ideologia dos que nomeiam e daquela professada pelos nomeados. Igualmente expõe o reflexo na independência *de jure* e *de facto*.

4 SISTEMAS DE INVESTIDURA DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS E CORTES CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

A investigação parte do pressuposto de que os Tribunais Constitucionais e Cortes de Justiça são desdobramentos do exercício funcional especializado da soberania. A presença de Tribunais Constitucionais e Cortes de Justiça deixa de ser consequência de uma abordagem prescritiva e normativa de quem estuda a temática da separação de poderes, mas se apresenta enquanto um reconhecimento analítico de

estruturas positivadas e que historicamente se mostraram necessárias. Por necessidade histórica os Tribunais Constitucionais e as Cortes de Justiça surgiram como exigência de uma normatividade constitucional, lembrando que as Constituições pactos do constitucionalismo clássico europeu os dispensavam. Historicamente admitidos, sua relação e sua dinâmica longe estão de serem pacíficas, mas conflituosas, a lembrar a discussão teórica (abstrata e filosófica) de Dworkin e Waldron. E se de um lado, a discussão teórica e filosófica é imprescindível porque enfrenta a essência da relação entre poderes e a importância hierárquica entre as fontes do direito de uma ou outra função especializada, de outro lado, é de utilidade manifesta o debate sobre como concretamente essa relação se institucionaliza em normas nos diversos sistemas constitucionais.

Um estudo desses ordenamentos, de direito comparado, é interdisciplinar por natureza e tem por objetivo *lato* expor perspectivas diferentes. São realizados em variados contextos históricos, arranjos institucionais, atritos entre uma perspectiva metodológica normativa e positiva e entre o direito constitucional e o direito infraconstitucional. São variáveis que devem ser escolhidas, sopesadas e justificadas. As comparações empreendidas, por outro lado, acontecem como forma de se atingir algum objetivo específico: a compreensão de diferentes sistemas, o aprofundamento crítico sobre o sistema doméstico, uma reflexão própria sobre boas práticas de outros ordenamentos ou uma resposta para um problema autóctone e que se descortina ao compará-lo com outro. As técnicas utilizadas são variadas. Uma delas, classificatória. A classificação enquanto técnica de Direito Comparado não é estéril, mas instrumento de elucidação dos sistemas constitucionais, da dinâmica funcional entre sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, da eclosão de fenômenos, para se citar somente algum deles (JACKSON, 2012, pos. 1578-2024).

O objetivo aqui é não somente compreender, mas diante dos problemas já aventados, descobrir boas práticas. Tudo para se sugerir caminhos a problemas de natureza local³.

Proceder uma investigação de Direito Comparado exige alguns cuidados. O primeiro é o recorte. Com quem comparar e por que se comparar? O recorte, por sua vez, faz-se diante do objetivo almejado.

³ Como já se colocou antes, a questão envolvendo a legitimidade de um controle de constitucionalidade forte, deve ser enfrentada quanto ao melhor sistema (ideal) para se oferecer respostas de direitos fundamentais. Não se confunde com problemas locais e históricos de disfuncionalidade de um ou outro poder. O emprego das técnicas de Direito Comparado visa também oferecer perspectivas, em trabalho futuro, para a crise que se abate sobre a ordem constitucional brasileira.

Ora, se a proposta é debater os procedimentos de investidura de Tribunais Constitucionais, as Constituições europeias fornecem o melhor material. Os Tribunais Constitucionais emergiram na Europa continental, ainda antes da Segunda Guerra Mundial, pelo esforço teórico de Hans Kelsen para dotar de força normativa a Constituição austriaca. O ocaso europeu, após o término da Guerra, exigiu um esforço de reconstrução institucional. O impacto da ocupação, sobretudo americano, impôs um órgão encarregado de fiscalizar os poderes constituídos diante da normativa das constituições então nascentes. A receita já existia: o Tribunal Constitucional Austriaco.

Já a constituição francesa é um caso *sui generis*. A tradição constitucional francesa se construiu com fundamento na ideia de vontade geral, devida a Rousseau⁴, e que segundo as várias constituições que se sucederam na história francesa seriam explicitadas pela câmara de representação (câmara baixa). Explicitando a vontade geral, não havia como existir qualquer órgão para fiscalizar ou anular as decisões do parlamento. Um órgão encarregado de controlar a constitucionalidade somente surgiria na Constituição de 1958. O Conselho Constitucional Francês. Uma fiscalização preventiva de constitucionalidade e que somente se robusteceria a partir de uma jurisprudência ainda hoje evolutiva e surgida no início dos anos 70 com a criação do bloco de constitucionalidade (FAVOREU; LLORENTE, 1991).

Os modelos de jurisdição constitucional exigem sistemas orgânicos para sua expressão: o americano de Cortes Constitucionais, o europeu continental de Tribunais Constitucionais e o controle preventivo francês⁵. A eles se acrescentam os modelos latino-americanos e que

⁴ Um adendo. Muito embora a ideia de “vontade geral” tenha prevalecido entre os franceses como uma justificativa para se compreender o Parlamento como um poder incontrastável em sua relação com os demais, sendo purista, a verdade é que a obra de Rousseau não admite essa analogia. A vontade geral, como encontrada no Contrato Social, acaba sendo um abstrato que nem mesmo o próprio autor logra explicitar como seria materializada. Não se sugere como se estruturará em uma organização política histórica e concreta na qual coexistem interesses particulares. *“Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent, reste pour somme des différences la volonté générale”* (ROUSSEAU, 2001, p. 39). O que se tem de certo, é que Rousseau falava da democracia direta, aquela existente na antiguidade clássica ou em algum cantão existente na nação de que provinha, não da democracia representativa. A “vontade geral” não se representa. Pertence ao povo e é inalienável.

⁵ O recorte sobre as constituições aqui escolhidas tem razões óbvias. São modelos, matriz de Tribunais em outros sistemas constitucionais. Não se desconhece que a partir da democratização do leste europeu, diversos Estados se constitucionalizaram.

guardam conosco não somente uma proximidade política, cultural, econômica e social, como também de modelo. Não é desconhecido que a república se fez na América Latina em moldes concebidos segundo influência do presidencialismo americano. Em regra, salvo algumas exceções, o modelo de presidencialismo americano exige Cortes de Justiça com competência constitucional. A sua investigação é uma exigência para o que aqui se desenvolve.

4.1 Os Sistemas Europeus de Investidura

O Conselho Constitucional Francês compõe-se de nove membros, nomeados por um período de nove anos, impedida a renovação da investidura. A renovação dá-se a cada três anos pela terça parte. As nomeações contam com a participação dos órgãos superiores do governo e ocorrem de forma discricionária: a) três membros são nomeados pelo Presidente da República; b) três pelo Presidente da Assembleia Nacional; c) três pelo Presidente do Senado. Os ex-presidentes da República Francesa têm assento vitalício e por direito próprio no Conselho Constitucional (art. 56). O Presidente da República escolhe o Presidente do Conselho entre os seus membros nomeados ou de direito. Os ex-presidentes da República Francesa são membros de direito, pois com assento originário (SEGORBE; TRABUCO, 2002, p. 92). É o único sistema europeu em que a nomeação é discricionária. A forma de designação discricionária feita pelos presidentes dos distintos órgãos de representação é criticada porque não oferece uma garantia de representação de todas as forças ideológicas. Não é incomum que as presidências dos órgãos de representação nomeantes provenham da maioria ideológica do colegiado, o que fatalmente se reflete nas nomeações e compromete a função contramajoritária que se espera do Conselho Constitucional.

Em alguns Estados - Alemanha, Portugal - as designações são feitas por eleição pelas câmaras de representação. O sistema de eleições tem por fim não despolitzar as nomeações, mas politizá-las, e o fazendo,

A constitucionalização implicou um rica tipologia de órgãos para guardar e fiscalizar a constitucionalidade das normas. Ocorre que, por motivos vários, seguiram-se também modificações constitucionais e instabilidades políticas. Outrossim, não se desconhece que o Reino Unido, a partir do *Human Rights Act*, conta com um modelo de fiscalização capitaneada por uma *Supreme Court of United Kingdom*. Sendo uma fiscalização fraca (*weak judicial review*) não será aqui tratada. As razões de não se enfrentar todos os sistemas de Tribunais e Cortes Constitucionais do mundo também se explicam pelos limites da proposta aqui aventada.

reverberar para o exercício da função de fiscalização. Como o quórum para a eleição geralmente é alto, entre maioria absoluta e dois terços, os partidos majoritários dificilmente conseguem sozinhos designar os juízes. Isso obriga uma negociação política que tem efeitos de abertura nas composições. Impedem os blocos monolíticos que ocorrem, por vezes, nas designações do Conselho Constitucional francês.

Na quase totalidade dos Estados europeus se emprega um sistema misto de eleições e nomeações. Dada a tradição que guardam com a herança ocidental cabe lembrar os da Itália, Espanha, Portugal e Áustria. A Corte Constitucional na Itália é composta por quinze membros, sendo cinco eleitos pelo Presidente da República, cinco pelas casas em conjunto, que compõem o parlamento, e cinco nomeados por indicação pelos órgãos superiores de jurisdição: três pela Corte de Cassação, um pelo Conselho de Estado e outro pela Corte de Contas. Na Espanha os membros são nomeados em número de doze pelo Rei, após a indicação de dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário, dois pelo Governo e quatro por cada uma das Câmaras do Parlamento. Em Portugal, o Tribunal Constitucional é composto por treze membros, dos quais dez são designados pela Assembleia da República e três são escolhidos pelo próprio Tribunal. Os membros do Tribunal Constitucional austriaco são nomeados pelo Presidente da Federação, sendo oito designados pelo Governo Federal, três eleitos pelo Conselho Nacional e três pelo Conselho Federal. O Sistema Misto de designação caracteriza-se: a) pela preponderância das câmaras legislativas em relação ao Executivo, relegado, em muitos dos casos, a mero papel formal de chancela; b) pela participação dos órgãos Superiores de Jurisdição.

Geralmente o candidato deve preencher alguns requisitos para o exercício da função. A Constituição e a legislação francesa são as únicas que não exigem nenhum requisito para designação, conferindo a mais ampla discricionariedade aos Presidentes da República, do Senado e da Assembleia Nacional. A Tabela a seguir espelha essa exigência:

Estados	Requisitos de Investidura
República Federal da Alemanha	- Idade mínima de quarenta anos e máxima de sessenta e oito, sendo três provindos da Magistratura com a antiguidade mínima de três anos perante uma jurisdição superior e cinco devem ser titulares de formação jurídica própria;
República Italiana	- Magistrados, advogados ou professores de Direito;
Reino da Espanha	- Competência jurídica reconhecida e no mínimo quinze anos de exercício profissional;
República Portuguesa	- Seis Juízes provindos da Magistratura ordinária e os demais entre membros das outras profissões jurídicas;
República da Áustria	- Exercício mínimo de dez anos de profissão que exija habilitação em Direito (juízes, advogados, notários, servidores públicos, etc)

Fonte: elaborada pelos autores.

Um elemento importante está na imposição de mandatos. Mandatos curtos dificultam a formação de uma jurisprudência estável e comprometem a autoridade de seus membros, enquanto mandatos longos ou vitalícios podem fazer com que os Tribunais não acompanhem a evolução social, apesar de que a vitaliciedade e a amplitude do mandato conferem independência aos juízes em relação às autoridades que os nomearam. A maioria dos Estados europeus adota uma duração intermediária entre sete e nove anos. A Alemanha adota um mandato de doze anos e a Áustria prevê a vitaliciedade. Na quase totalidade deles os mandatos não são renováveis – a Espanha admite a reeleição, mas não a imediata –, o que reforça a independência. A reeleição pode fazer com que uma decisão importante seja negociada com os agentes políticos encarregados da eleição ou nomeação. Importante também a forma como ocorrem as renovações. Designações em bloco dificultam aos designados o aprendizado da função, o que não ocorre quando a renovação é parcial, de tempos em tempos, ou quando somente são efetivadas após a aposentadoria compulsória.

4.2 Os Sistemas americanos de investidura

Se os Tribunais Constitucionais europeus se caracterizam pelo pluralismo, pela busca de uma representação na composição das Cortes e pela complementaridade na heterogeneidade entre seus membros, os colegiados da América – em especial da América Latina – em nada se afastam na busca da otimização desses mesmos princípios. Em vários sentidos ganham em originalidade, em especial, por muitos buscarem uma aproximação de suas circunstâncias históricas, culturais ou étnicas.

De dezenove Cortes analisadas, somente oito predominantemente adotam um procedimento de escolha no qual não há necessidade de diálogo interorgânico (órgãos diferentes). Em onze Estados predominam a convergência de órgãos diferentes de exercício da soberania (mais de um agente), quer na indicação, quer na escolha dos indicados, quer na nomeação dos escolhidos. Para eleição ou indicação são chamados à participação órgãos do Estado que não os de representação popular (Magistratura, Ministério Público, Notariados), instituições de ensino (universidades públicas e privadas), órgãos políticos de comunidades locais (Alcaides e prefeitos de província), categorias profissionais e grupos de trabalhadores (Sociedade de Advogados, Central de Trabalhadores, Câmaras de Produção, organizações campesinas) e grupos étnicos (organizações indígenas). Toda essa participação não se descura da manifestação de uma ou de ambas as Casas Legislativas.

A adoção pelas mais diferentes Constituições de técnicas distintas de legitimação somente confirma a importância política dos Tribunais Constitucionais. A riqueza das experimentações pode ser encontrada no quadro abaixo:

Estados	Eleição por um único Órgão
Estado Plurinacional da Bolívia (Tribunal Constitucional Plurinacional – 9 membros)	Eleitos por sufrágio universal com base na plurinacionalidade após pré-seleção realizada pela Assembleia Plurinacional por 2/3 dos votos (arts. 182, 197, 198, 158, I, 5, e).
República do Chile Tribunal Constitucional –10 membros	Procedimento complexo: a) três designados pelo Presidente da República; b) 4 nomeados pelo Congresso Nacional, sendo dois nomeados diretamente pelo Senado e dois propostos pela Câmara para apreciação pelo Senado; c) 3 eleitos pela Corte Suprema. Mandato de dez anos, vedada a recondução (art. 92)

República da Costa Rica Sala Constitucional – Corte Suprema de Justiça – 7 membros	Eleitos pela Assembleia Legislativa por maioria de 2/3 para um mandato de 8 anos e permitida a recondução (art. 158).
República de El Salvador Sala Constitucional – 5 membros Divisão Orgânica da Corte Suprema de Justiça com 15 membros	Designados pela Assembleia Legislativa, por 2/3 de votos, para um mandato de 9 anos, renovados por 1/3 a cada três anos (art. 174)
República da Nicarágua Corte Suprema – 16 membros	Eleitos pela Assembleia Nacional por um período de cinco anos (art. 163)
República do Peru (1996) Tribunal Constitucional – 7 membros	Eleitos pelo Congresso da República por maioria de 2/3, para uma mandato de cinco anos, vedada a reeleição subsequente (art. 201)
República Dominicana (1994) Corte Suprema – 17 membros	Selecionados e eleitos pelo Conselho Nacional da Judicatura (art. 152)
República Oriental do Uruguai Corte Suprema – 5 membros	Eleitos pela Assembleia Geral por 2/3 de votos para um mandato de dez anos e permitida a reeleição após decorrido cinco anos de cessado o primeiro mandato (art. 236 e 237).

Fonte: elaborada pelos autores.

Estados	Agente Nomeador	Agente Ratificador
República Argentina Corte Suprema de Justiça – 5 membros (Lei 26.183/2006). Critérios de seleção – Decreto 222/03	Indicação pelo Presidente da República	2/3 do Senado em sessão pública (art. 99, inciso 4)
República Federativa do Brasil Supremo Tribunal Federal – 11 Ministros	Indicação pelo Presidente da República	Aprovação por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único)
República da Colômbia Corte Constitucional – 9 membros	O Presidente da República, a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado, cada qual, oferecem uma lista tríplice	Aprovação pela maioria absoluta do Senado para um mandato de 8 anos, sendo vedada a recondução (art. 239)

República do Equador Corte Constitucional – 9 membros	As indicações dar-se-ão pelas funções legislativa, executiva e de transparência e controle, por meio de candidaturas que lhe chegam a partir de um processo de concurso público, com a possibilidade de impugnação pelos cidadãos (art. 434).	Comissão qualificadora integrada por duas pessoas indicadas por cada uma das funções legislativa, executiva e de transparência e Controle. Mandato 9 anos, sem recondução imediata, com renovação de 1/3 a cada três anos (art. 433)
Estados Unidos da América Suprema Corte - 9 membros	Indicação pelo Presidente da República	Aprovação por
República da Guatemala Corte Suprema – 13 membros	A Comissão de Postulação integrada por um representantes do reitores das universidades, pelos decanos das faculdade de Direito ou de Ciências Jurídicas e Sociais de cada universidade do país, um número equivalente de representantes eleitos pela Assembleia Geral do Colégio de Advogados e Notários e por igual número de representantes dos magistrados titulares da Corte de Apelação e demais Tribunais elabora uma lista de vinte e seis candidatos	O Congresso por maioria de 2/3 de seus membros elege 13 membros da lista apresentada (art. 215).
República de Honduras Suprema Corte de Justiça – 15 membros	Junta Nomeadora elabora lista de quarenta e cinco candidatos.	Aprovação por maioria de 2/3 do Congresso Nacional a partir de uma lista tríplice (art.311)
Estados Unidos Mexicanos Suprema Corte de Justiça – 11 membros	O Presidente elabora uma lista tríplice por cada vaga	Aprovação por maioria de 2/3 pelo Senado (art. 96)
República do Panamá Suprema Corte de Justiça – 9 membros	Conselho de Gabinete (Presidente, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado) indica os candidatos (art. 200 2)	Aprovação por maioria absoluta Órgão Legislativo (art. 203)

República do Paraguai-Corte Suprema de Justiça- 9 membros	Elaboração de uma lista tríplice pelo Conselho da Magistratura	Escolha de um indicado na lista tríplice em concordância com o Presidente da República (art. 264.1)
República Bolivariana da Venezuela Supremo Tribunal de Justiça – 20 membros	Comissão Nacional de Postulação (CNP) elabora uma lista. CNP é formado por membros da sociedade civil. Elaborada uma preleção que é apresentada ao Poder Cidadão, que efetuará uma segunda preleção (art. 264)	Assembleia Nacional realizará uma terceira preleção e a aprovação definitiva (art. 264)

Fonte: elaborada pelos autores.

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A GÊNESE DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A evolução do controle de constitucionalidade – acentuada pela Constituição de 1988 e por sua *práxis* – aponta a opção por um controle abstrato e concentrado de constitucionalidade. É recomendável, contudo, a adoção de um modelo kelseniano puro de Tribunal Constitucional? Caso operada a mudança, o atual Supremo Tribunal Federal, como constitucionalmente organizado, suportaria a alteração de modelo? Por motivos diferentes parece que a resposta é afirmativa. De um lado, o modelo vigente padece de um tratamento ótimo à efetividade e força normativa da Constituição, pois uma Corte de Justiça concorre na tomada de decisões com outros órgãos jurisdicionais (controle difuso), o que gera insegurança, instabilidade normativa e sobrecarga do órgão de cúpula em razão dos recursos que lhe chegam. Por outro lado, há uma politização de órgãos jurisdicionais inferiores, pois a fiscalização da constitucionalidade das normas é atividade qualitativamente distinta da função de julgar, com alta carga de politização, o que acaba politizando os demais membros da estrutura judiciária⁶ (DUARTE NETO, 2019, p. 222-227).

⁶ Shmitt e Kelsen quando debateram sobre o guardião da constituição, estavam concordes neste aspecto. Para Carl Schmitt, a proteção da Constituição é função distinta do ato de julgar conflitos de interesse, consistindo esta em subsunção lógica de enunciados descriptivos de fatos a enunciados normativos, enquanto aquela em tarefa de ordem política semelhante às atribuições exercidas pelo poder legislativo, e existindo uma sobreposição (ou fusão) de funções diferentes, obrigatoriamente impõe-se a mudança da arquitetura dos poderes do Estado (SCHMITT, 1998, p. 78). Já Hans Kelsen ensinava que a anulação de uma norma

Em resumo, a evolução funcional do Supremo Tribunal Federal exige a transformação de seu *status* no concerto dos poderes, logo, de sua legitimidade, de sua competência constitucional e, por fim, dos instrumentos e procedimentos para o exercício de sua atividade. Uma tarefa de reengenharia constitucional.

A reforma é constitucional? Não incorreria em inconstitucionalidade por desrespeito à cláusula pétrea da separação de poderes (art. 60, § 4º, inciso III da CF)? Os argumentos em sentido contrário não convencem. Primeiro, o enunciado normativo veda a proposta de emenda tendente a “abrir” a separação de poderes. Logo, a reforma venceria facilmente até mesmo uma interpretação literal do texto. A separação de poderes seria “remodelada”, não extinta ou “abolida”. Segundo, se a *contrario sensu* fosse buscada uma interpretação teleológica, a proposta de emenda otimizaria a decisão tomada pelo constituinte originário, que optou por um sistema concentrado e abstrato de fiscalização de constitucionalidade, e esse foi o movimento empreendido pelo constituinte reformador, pelo legislador e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em trinta e um anos de vigência da CF. Instrumentos processuais, técnicas procedimentais e decisões do colegiado convergiram para o aumento da competência jurisdicional da Corte Constitucional. Nunca para o seu refreio. Logo, uma mudança dessa natureza realizaria a proposta constitucional originária, não a suprimiria. Por fim, mudanças constitucionais não causam perplexidade em texto que já sofreu seis emendas de revisão e cento e seis alterações segundo o rito do art. 60 da CF⁷. Não existem empecilhos normativos (inconstitucionalidade formal e material), de fins constitucionais (axiológicos) que pudessem ser fraudados. Mesmo barreiras de ordem fática, decorrentes da impossibilidade de se lograr consenso e adesão do poder reformador para a mudança, não existem. Neste último aspecto, sempre que se quis, a Constituição Federal foi modificada e os números de mudanças formais (quantidade) são a evidência do que se afirma. Quando estas não foram suficientes, a qualidade das mudanças informais (mutação constitucional) empreendidas pela própria Corte veio em socorro.

Há e houve um movimento explícito de natureza institucional e normativa durante os mais de trinta anos transcorridos desde a promulgação da CF, com o intuito de converter o Supremo Tribunal Federal em um

inconstitucional é atividade semelhante a de um legislador negativo, supressão que é de normas genérica, enquanto os juízes emanam provimentos individuais (KELSEN, 2007, p. 151-152).

⁷ O número refere-se à data da entrega para apreciação deste texto ao periódico.

Tribunal Constitucional. A transformação completa implica uma respectiva compreensão sobre o seu papel constitucional (fim) e sua relação com os demais poderes, sobre suas competências e seus ritos processuais e procedimentais, sua dinâmica interna e o regime de investidura de seus membros e de exercício da sua função. Mas o Supremo Tribunal Federal, mesmo com toda as modificações anotadas, guarda ainda competências, dinâmicas interna e externa, ações e procedimentos e regime jurídico de seus Ministros que ainda o fazem uma Corte de Justiça. Há um hibridismo. Permanece com um perfil de um órgão de cúpula do Poder Judiciário dentro de um sistema tripartite de poderes. As críticas de disfuncionalidades que lhes são dirigidas têm por causa, em grande parte, esse hibridismo de funções. O Supremo Tribunal Federal não é uma Corte de Justiça eficiente e não é um Tribunal Constitucional que de forma adequada guarde a Constituição e a federação. Sendo um “ou” outro, o Supremo Tribunal Federal seria estrito, eficiente e limitado (pela própria Constituição). Sendo ambos e cumulando funções, é amplo, ineficiente (art. 5º, LXXVIII da CF) e sem limites (ativista, não só protagonista). A imposição de limites e o exercício funcional que se espera de um Tribunal Constitucional passam por uma reengenharia constitucional que promova a passagem de um para outro nos vários aspectos abordados. O procedimento de investidura de seus membros é um deles. Precisa ser enfrentado pela alteração constitucional que o fará um Tribunal Constitucional com limites e eficiente.

Hodiernamente o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada sua escolha por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988). São requisitos para a nomeação: *a)* serem brasileiros natos; *b)* com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; e *c)* com notável saber jurídico e reputação ilibada. O método de investidura foi inspirado na Constituição norte-americana e já estava na origem de nossa organização constitucional republicana. Os ministros investidos na competência jurisdicional gozam das mesmas garantias da magistratura, entre elas, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Dispõem de foro especial por prerrogativa de função junto à própria Corte na hipótese de cometimento de crimes comuns (art. 101, alínea b da CF). Na hipótese de cometimento de crimes de responsabilidade, tipificados que estão nos artigos 39 e 39-A da lei 1.079/50⁸, são julgados pelo Senado Federal (art. 52, inciso II, CF).

⁸ Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- altera, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido

Conforme colocado, o procedimento de investidura deve possibilitar a independência judiciária. O vigente confere aos Ministros do Supremo Tribunal Federal a garantia de um exercício livre de pressões de outros poderes, das partes litigantes e da opinião pública. A indicação é empreendida pelo Presidente da República e nem sempre com um viés ideológico claro (vinculação a alguma corrente de pensamento jurídico ou político ou compreensão sobre questão candente na sociedade)⁹. Em pesquisa documental realizada (qualitativa), em período a partir do qual o Supremo Tribunal Federal se erigiu com a atual estatura política em relação aos demais poderes, recuperaram-se as atas das sabatinas dos indicados perante o Senado Federal. Como forma de se encontrarem respostas relevantes sobre a temática da arguição (interesse ou não da sociedade e relevância do que se perguntava), sua forma e sobre as votações, descobriu-se que “... os temas arguidos seguem, principalmente, a lógica do casuísmo, isto é, os vinte e três parlamentares que compõem a CCJ se pautaram nos temas em voga, à época de cada sabatina, para elaborarem os questionamentos aos candidatos” (SILVA, 2013, p. 55-57). As arguições foram marcadas por perguntas triviais sobre a vida e a personalidade dos indicados. Algumas questões polêmicas. Foram pródigos os elogios aos sabatinados e escassas as críticas. Os candidatos foram aprovados por margem larga de votos, uma média entre 67 ou 55 votos favoráveis para cada 3 ou 1 votos desfavoráveis. No período analisado, os que tiveram maior resistência foram aprovados respectivamente por 57 e 58 votos favoráveis contra 15 e 9 desfavoráveis (SILVA, 2013, p. 55-57). Logo, é possível concluir que as indicações presidenciais ocorrem por fundamento

em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - exercer atividade político-partidária; 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decoro de suas funções. Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas”. O artigo 39-A foi inserido pela lei 10.028/2000, mesmo ano da lei de responsabilidade fiscal (lei complementar 101/2000), dentro do contexto de esforço governamental de impor contenção aos gastos públicos. Excluída esta última alteração, de data recente, as condutas tipificadas datam do início dos anos cinqüenta do século passado. Não é temerário reconhecer que as condutas tipificadas, quando a Corte dispunha exclusivamente de competência para a fiscalização incidental da constitucionalidade, estão em descompasso com a série de atribuições que lhe foram confiadas a partir da promulgação da Constituição de 1988.

⁹ Existem crônicas que sugerem que o processo de indicação presidencial, em muitos casos, ocorre não somente segundo os requisitos do “notável saber jurídico” e da “reputação ilibação” (art. 101, *in fine*, da CF). Outras variáveis também compõem a escolha (Cf. CARVALHO, 2010 e RECONDO; WEBER, 2019).

constitucional assentado em critérios largos como o “notável saber jurídico” e a “reputação ilibada” e que são de difícil aferição e avaliação. Não se logra identificar claramente a razão da escolha do Presidente da República. Nem mesmo possibilita que a opinião pública contraste a biografia do indicado. O Senado Federal, por seu lado, não torna a indicação mais concreta. O pensamento e as qualidades do indicado para a ocupação de função junto ao Supremo Tribunal Federal raramente são debatidos e votados. Sobretudo, as questões são desconhecidas pela opinião pública.

Se falece um controle político efetivo sobre as indicações, o mesmo acontece durante o exercício funcional. Não existe um regime, um procedimento e um órgão alheio à Corte que controle o cumprimento dos deveres funcionais de um Ministro do Supremo Tribunal Federal. Diga-se: o estatuto legal dos crimes de responsabilidade não é o bastante, pois envolve apenas casos de gravidade mais acentuada. Os tipos penais dos crimes de responsabilidade protegem valores que tocam a Democracia, a República e a Constituição. São valores indispensáveis. Mas existem valores importantes – como a prudência no trato das questões processuais, a urbanidade, a assiduidade, a vedação ao comércio e às atividades políticas, o comedimento, a correção na vida pública e privada, entre outros – que justificam uma proteção especial, mas diferente da consequência criminal. Um regime de responsabilização administrativa. O que se discute quando se pretende um estatuto de deveres funcionais e uma responsabilização efetiva é uma garantia para a qualidade da jurisdição constitucional a ser oferecida¹⁰, o que, talvez, seja de maior impacto na compreensão da Corte enquanto colegiado e um dos poderes do Estado brasileiro.

A ausência de critérios objetivos de investidura de Ministros do Supremo Tribunal Federal e a falta de um regime normativo explícito de deveres funcionais (condutas vedadas, rito de aferição e um órgão isento para fiscalização), fazem-no em crise constante. A crise, no caso,

¹⁰ A afirmação de qualidade da jurisdição tem implicações plúrimas. A literatura jurídica sobre as disfuncionalidades técnicas da Corte é vasta. Mas não só. A independência e a qualidade da jurisdição constitucional também é apurada pela *compliance* dos cidadãos. Como os cidadão percebem sua corte constitucional. Em pesquisa realizada pelo instituto Datafolha, no período de 25 a 26 de maio de 2020, a partir da entrevista por telefone de 2069 brasileiros adultos distribuídos por toda a região do país, constatou que somente 30% dos brasileiros aprovam o trabalho dos Ministros (ótimo e bom), 26% dos entrevistados acham o trabalho ruim ou péssimo, 40% acham regular e 5% não souberam opinar. Pesquisa em idênticos moldes, em 2019, constatou que somente 19% avaliavam o trabalho de Ministros como bom e ótimo, para 39% que o tinham com ruim ou péssimo e 38% que o comprehendiam regular (DATAFOLHA, 2020). Ora, mesmo com uma melhora em sua avaliação de um ano para outro, somente 1/3 dos cidadãos tem uma percepção positiva do Supremo Tribunal Federal.

não é pela falta de independência. A crise é pelo excesso e permitiu até mesmo que se cunhasse uma expressão para designar o exercício funcional ativista do tribunal em uma democracia constitucional: “Supremocracia” (VIEIRA, 2008).

Logo, a solução passa por mudanças institucionais, alteração de estrutura, que refreiem o exercício jurisdicional livre de balizas certas. A primeira mudança transita pelo procedimento de investidura (nomeação). A experiência do direito comparado é uma fonte para prospecção de soluções. Não se pretende, por óbvio, elaborar um sistema, mas sugerir caminhos para que outros persistam no trabalho de reengenharia constitucional.

Parece que o procedimento de indicação exclusiva pela Presidência da República não é o melhor. Perante os Tribunais Constitucionais europeus que aqui se investigou, a indicação conta com a participação de diferentes órgãos de representação. Somente na América, especialmente na Argentina, no Brasil, no México e nos Estados Unidos as indicações são realizadas exclusivamente por um único poder (Presidente da República). Em nosso modelo, os Presidentes da República são eleitos pelo voto majoritário, as eleições por maioria absoluta quase sempre têm uma característica plebiscitária. Como foi eleito por uma maioria que o apoia, a força majoritária acaba se expressando no exercício da presidência. E dentro do exercício a indicação de candidatos para as vagas abertas. Isso faz crer que o indicado em verdade representa uma força majoritária da sociedade, enquanto os Tribunais Constitucionais em sua função de guardião da Constituição, acabam sendo órgãos contramajoritários. Em um sistema presidencialista em que as sabatinas e votações são realizadas quase que formalmente, rareando os casos em que há uma recusa a uma indicação, a Presidência da República acaba sendo a responsável pela composição do colegiado, transferindo-lhe a compreensão majoritária das principais e mais relevantes questões da sociedade.

Não é por outra razão que os diferentes sistemas constitucionais, em sua maioria, apresentam um modelo caracterizado pela convergência da indicação por órgãos diferentes de representação. É a forma de se garantir o pluralismo na composição da Corte e otimizar sua função contramajoritária. O modelo europeu alterna as indicações entre a Chefia do Estado (ou de Governo), a Câmara baixa (órgão de representação popular) e a Câmara alta (órgão de refreio ou também, onde existem, de representação de unidades federativas). Não se desconhece a possibilidade de indicação pela própria Corte ou “outros órgãos ligados ao judiciário”,

como ocorre em Portugal, Espanha, Itália, Paraguai, Guatemala, Equador, República Dominicana e Chile. O procedimento conta com a conveniência de ter participação de quem tem por função precípua a guarda da Constituição ou a competência para aplicação do Direito e, assim sendo, consiste em uma proposta que prima pela técnica jurídica sobre outras variáveis políticas. Mas não se descarta o inconveniente das escolhas se pautarem pelo corporativismo que acaba caracterizando os órgãos de Estado nos quais preponderam o profissionalismo, o domínio de técnicas, enquanto expressão de legitimidade para o exercício da função estatal.

Se a investidura exige a indicação de vários órgãos de representação política que se alternam na tarefa de preencher porcentagem (parcela) do Tribunal Constitucional, a própria nomeação é ato bastante para a assunção do cargo. Geralmente não há necessidade de ratificação (aprovação) de outro poder. É o que acontece nos Tribunais Constitucionais europeus. Havendo, o procedimento ganha em complexidade. A depender, a complexidade, por seu lado, em grande parte está atrelada a particularidades da sociedade e da cultura de um dado Estado (Venezuela, Guatemala e Equador). Não são técnicas que se exportem. A complexidade, também, pode gerar impasses e paralisações políticas, estando na dependência de maioria e acordos estabelecidos entre órgãos diferentes da arquitetura constitucional.

A Constituição francesa não estabelece requisitos para a escolha. Mas outros Tribunais Constitucionais são providos por meio de listas extraídas das carreiras jurídicas como na Alemanha, na Itália e em Portugal. Se a previsão de listas restringe a opção pela mundividência dos escolhidos, de outro condiciona as escolhas e as mantém dentro de parâmetro de tecnicidades. Critérios objetivos, como o pertencimento a carreiras de Estado ou a proveniência do meio universitário, são melhores do que o conceito indeterminado do “notável saber jurídico”.

Por fim, a questão principal: qual o tempo de exercício da função? Investe-se em cargos vitalícios ou por mandatos com prazo certo. Em nossa experiência, a existência da vitaliciedade confere independência, mas ao mesmo tempo torna o titular da função constitucional desvinculado dos demais poderes e de um sentido de responsabilidade constitucional e social (as constituições, em conformidade com as sociedades, evoluem e se transformam). Usando uma sugestiva expressão de Mauro Capelletti, há o perigo concreto de *Giudici irresponsabili*, que se faz presente quando é vencedora a compreensão do juiz ativista, não como uma disfuncionalidade, mas como exigência da democracia constitucional

(em moldes de Dworkin). Como se viu, o Supremo Tribunal Federal não padece de falta de independência, mas de excesso. O excesso se reflete pela cumulação de competências de uma Corte de Justiça com a de um Tribunal Constitucional, o que gera um exercício ativista e disfuncional (sem estritos limites e sem regime funcional de responsabilidades de seus Ministros). São reflexos que conjugados lhe impede a transição para um modelo de Tribunal Constitucional. Mesmo um Tribunal Constitucional conta com limites estritos na arquitetura da Constituição. O Supremo Tribunal Federal agrupa as competências de dois órgãos em essência distintos e, ao fazê-lo, de forma não funcional, desestrutura a arquitetura da separação de poderes.

A solução para questões tais é a previsão de mandatos certos. Os mandatos por seu lado exigem respostas para o tempo de duração. Os curtos comprometem a independência, porque coincidem com as legislaturas e com os mandatos dos chefes do executivo, o que provoca um alinhamento político e ideológico e uma dificuldade no exercício da função contramajoritária (de equilíbrio), além de não permitir uma sedimentação jurisprudencial. Os mandatos longos conferem independência, mas não se descarta o problema hoje presente em razão da vitaliciedade. Dificulta, outrossim, a renovação. Os Tribunais constitucionais europeus têm preferido mandatos de sete a novos anos, período que sobrepara sobre as legislaturas e os mandatos dos Chefes do Executivo, garantindo-lhes a independência, que se protege também, quando conjuntamente se proíbe a recondução. A renovação dos mandatos por período certo de tempo, a cada três ou quatro anos, possibilita uma atualização da composição do colegiado, um pluralismo entre juízes novos e mais antigos e uma sintonia com a evolução social. Ocorre da escolha do Presidente da Corte, com funções regimentais de coordenação dos trabalhos, ser confiada ao próprio colegiado ou aos órgãos de designação. Uma opção ou outra envolve a preferência por um modelo de maior ou menor independência. (ROUSSEAU, 2002, p 39-42).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial tiveram forma e conteúdo peculiares. Travejam uma evolução transcorrida no correr dos séculos, que consistiu no desdobramento e no desvincilar de funções enfeixadas em uma soberania que é una. A especialização da

soberania pariu vários órgãos constitucionais, que na tessitura do sistema político são a realização da liberdade. O último deles foi o Tribunal Constitucional, que na maioria dos Estados ocupa a função precípua de guarda da Constituição, de proteção da federação e da fiscalização abstrata de constitucionalidade. A importância dos Tribunais Constitucionais é tamanha que em essência há um rico debate sobre o seu exercício funcional e sobre o comprometimento (ou sobreposição) do espaço democrático dos órgãos de representação. Independente do debate teórico, a verdade é que o órgão se impôs e se mostra presente e necessário em qualquer organização constitucional. Os Tribunais Constitucionais, contudo, não se confundem com as Cortes de Justiças munidas também de competência para fiscalizar o respeito a um texto constitucional normativo. A diferença entre um e outro está não somente na relação entre os poderes do Estado, como nos limites de suas competências jurisdicionais, nos mecanismos processuais que os explicitam, no procedimento de designação de seus membros e no regime de sua permanência no cargo e de cumprimento dos deveres funcionais. São categorias históricas e concretas que lhes dão independência e que lhes conferem legitimidade para o exercício da função. As possibilidades são variadas. A título comparativo com a nossa experiência mostrou-se útil investigar o sistema clássico e kelseniano dos Tribunais Constitucionais europeus e os sistemas latino-americanos, que por influência da Constituição dos Estados Unidos, historicamente optaram por Cortes de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal é nosso órgão de cúpula judiciária. Enfeixa as funções de guardião da Constituição, de garante da federação e órgão de cúpula do Poder Judiciário. A experiência inaugurada com a Constituição promulgada em 1988 – acrescida de um movimento coordenado de alterações constitucionais formais, mudanças informais da Constituição, promulgação de legislação e uma jurisprudência flagrantemente ativista – conduziu o Supremo Tribunal Federal a uma instituição próxima a um Tribunal Constitucional. A transição, contudo, não foi completa. Ao não se transitar completamente, a Corte remanesce como uma instituição híbrida. Uma instituição que padece de uma excessiva independência, que causa perplexidade na comunidade jurídica e na opinião pública. A Corte, não raro, produz crises constitucionais ao resvalar (ou ocupar) as atribuições dos outros poderes. A solução: a transição definitiva para um Tribunal Constitucional, não inserido como órgão de cúpula do judiciário, com competência estrita e limitada, com instrumentos processuais adequados a nova realidade, com outra forma

de composição e investidura de seus membros, com um regime funcional adequado para o exercício da função que lhe é afeta. O que se procurou no correr deste texto, foi oferecer propostas para abrir o debate pertinente a um novo processo de seleção, nomeação e investidura de seus juízes constitucionais. Isso foi realizado por excertos de uma análise comparada de outros Tribunais e Cortes Constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Planalto**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit Constitutionnel**. 26. ed. Paris: L.G.D.J, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *Quosque tandem? Revista Piauí*, 48, set. 2010. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-supremo-quosque-tandem/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

DUARTE NETO, José. **Rigidez e Estabilidade Constitucional: aspectos críticos do exercício frequente da atribuição reformadora**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DUARTE NETO, José. Feliz Aniversário? Ensaio sobre os trinta anos da Constituição Federal. In: LAMACHIA, Cláudio; COËLHO, Marcus Vinicius Furtado [Coord.]. **Constituição da República: um projeto de nação. Homenagem aos trinta anos**. Brasília, DF: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 253-262.

DUARTE NETO, José. Independência e *accountability* judiciárias. In: DE PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p 197-234.

DUARTE, Guilherme Jardim. **Independência de jure e de facto de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais: um estudo comparado**. 181 f. Tese de Doutorado (Departamento do Estado – Área de Direito Constitucional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político.** Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lucha contra las immunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes di gobierno, poderes normativos).** 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.

EUA. University of Texas at Austin/ University of Los Andes in Bogotá. **Constitute. The world's constitutions to read, search and compare.** Disponível: <https://www.constituteproject.org/>. Acesso em 29 jun. 2020.

FAVOREAU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** São Paulo: Landy, 2004.

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalid (Simposium franco-español de Derecho Constitucional).** Madrid: Civitas, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Parlamentarismo.** São Paulo: Saraiva, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Avaliação Congresso/STF: 25 e 26/05/2020.** Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2020/05/31/f53ec1762680b863f9c5e29897356cceavst.pdf> . Acesso em 25 jun. 2020.

JACKSON, Vicki C. Comparative Constitutional Law: Methodologies. In: ROSENFIELD, Michel; SAJÓ, András [Ed.]. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012 [e-book]. Pos. 1578-2024.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAMBERT, Édouard. **Le gouvernement des juges e la lutte contre la législation sociale aux États-Unis.** Paris: Éditions Dalloz, 2005.

LINALES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes.** Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais; garantia suprema da constituição.** São Paulo: Atlas, 2000.

POSNER, Richard A. **How judges think?** Cambridge/London: Harvard University Press, 2010.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019 [e-book].

ROUSSEAU, Dominique. **La justicia constitucional en Europa.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Du contrat social.** Mozambook-bibliothèque virtuelle, 2001 [e-book].

SEGORBE, Beatriz; TRABUCO, Cláudia. **O Conselho Constitucional Francês: legitimidade e vias de legitimação da justiça constitucional.** Coimbra: Quarteto Editora, 2002.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d.].

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución.** 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, Marina Ribeiro da. **Sabatinas dos indicados para o Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica (2002-2011).** São Paulo: Relatório de pesquisa de Iniciação Científica Fapesp, 2013. Orientador: José Duarte Neto.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes.** São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

A “TAXATIVIDADE MITIGADA” DO ROL DE CABIMENTO DO AGRADO DE INSTRUMENTO E SEUS POSSÍVEIS IMPACTOS NO SISTEMA PROCESSUAL

INTERLOCUTORY APPEAL’S ROLE “MITIGATED RATEABILITY” THEORY AND ITS POSSIBLE IMPACTS ON BRAZILIAN PROCEDURAL SYSTEM

João Victor Carloni de Carvalho*

Yvete Flávio da Costa**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A taxatividade das hipóteses de cabimento do agrado de instrumento no CPC/2015. 2 Possíveis interpretações apresentadas pela doutrina e jurisprudência para as decisões “urgentes” que não elencadas no rol do art. 1.015 do CPC/2015. 3 O entendimento firmado pela Corte Especial do STJ e possíveis impactos no sistema processual. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar os possíveis impactos na sistemática processual e na segurança jurídica do jurisdicionado com a “taxatividade mitigada” do art. 1.015 do CPC, tema polêmico desde a sanção da Lei 13.105/2015. O legislador submeteu o recurso de agrado de instrumento a um rol de cabimento fechado. Ocorre que a doutrina apontou para a existência de situações não acobertadas por esse rol, mas que necessitam de urgência para sua solução, sendo certo que não poderiam aguardar para serem arguidas em preliminar de apelação. Para tanto, doutrina e jurisprudência buscaram interpretações acerca da norma processual para se solucionar o impasse. Recentemente, decidiu-se pelo rito dos recursos repetitivos que o rol do art. 1.015 possui uma “taxatividade mitigada”, podendo ser interpretado extensivamente quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Busca-se, dessa forma, uma análise acerca dos possíveis impactos oriundos desta interpretação.

Palavras-chave: processo civil. recursos. decisões interlocutórias. agrado de instrumento. taxatividade mitigada.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyse the possible impacts on the procedural systematics with “mitigated rateability” of article 1,015 of Brazilian Procedural Code, controversial

* Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca - UNESP. Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil brasileiro e comparado (NUPAD - UNESP). Advogado e Conciliador.

** Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Assistente Doutora na Universidade Estadual Paulista (UNESP).

Artigo recebido em 30/04/2019 e aceito em 03/06/2019.

Como citar: CARVALHO, João Victor Carloni de; COSTA, Yvete Flávio da. A “taxatividade mitigada” do rol de cabimento do agrado de instrumento e seus possíveis impactos no sistema processual. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 131-152. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

subject since its sanction. The legislature submitted the “interlocutory appeal” to a pre-defined list. Turns out that doctrine pointed to the existence of situations not covered by this role, which need an urgency solution, being certain that they could not wait to be accused in a “preliminary of appeal”. Therefore, doctrine and jurisprudence have been searching interpretations about the procedural norm to solve the impasse. Recently, it was decided by the rite of “repetitive appeals” that the role of article 1,015 has a “mitigated rateability”, and can be interpreted extensively when it is verified the urgency arising from the uselessness of the judgment of the matter in the preliminary of appeal. All explained, we will analyse the possible impacts of this interpretation.

Keywords: civil procedure. appeals. interlocutory decisions. interlocutory appeal. mitigated rateability.

INTRODUÇÃO

O CPC/2015 foi idealizado com a finalidade de reestruturar o sistema processual, confiando-se na alteração da legislação positiva como o caminho para a transformação da *práxis* processual. Certamente, há quem pense o contrário, mas fato é que a lei foi aprovada e sancionada, com todas as suas alterações (v. g. regime das tutelas provisórias), algumas inovações (v. g. o incidente de resolução de demandas repetitivas), e também manutenção de institutos (v. g. assistência, chamamento ao processo, etc.).

Duas grandes modificações foram, sem dúvidas, o sistema recursal e o sistema preclusivo. Dentro do sistema recursal, podem-se citar diversas alterações, dentre elas a opção do legislador em estabelecer um rol taxativo para as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. A intenção do legislador – concorde-se ou não com ela -, traduzida na Exposição de Motivos do CPC, foi exatamente privilegiar o procedimento do juízo de primeiro grau e reduzir o elevado número de recursos interpostos dessa espécie; elencando-se hipóteses de decisão que desafiariam uma reapreciação durante o trâmite no juízo *a quo*, como a que concede ou denega tutela provisória (art. 1.015, I do CPC).

Para as questões que não desafiassem o agravo, ou seja, não estivessem no citado rol, o legislador optou por reformular o sistema preclusivo, postergando reapreciação delas para a preliminar de apelação (art. 1.009, § 1º do CPC). Algumas dúvidas surgiram a respeito de decisões que, não presentes no rol taxativo, causariam prejuízo severo às partes se não analisadas imediatamente (como exemplo famoso a que rejeita alegação de incompetência). A doutrina apontou para três possíveis soluções: manter a taxatividade; a resurreição do mandado de segurança contra ato judicial; e a interpretação “extensiva”, por analogia do rol de cabimento.

Ocorre que, no final de 2018, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento com caráter de precedente no sentido de que o rol de

cabimento do agravo de instrumento possui uma “taxatividade mitigada” e que o recurso pode ser interposto contra decisão “urgente”, comprovada a “imprestabilidade da arguição em sede de preliminar de apelação”. Conceitos amplos, genéricos e totalmente abertos, dando margem à interpretação casuística do instituto.

O objetivo do presente trabalho reside, portanto, na pesquisa a respeito da decisão do STJ e os possíveis impactos que essa interpretação “aberta” da norma poderá causar no sistema processual. Para tanto, será feito um estudo a respeito da taxatividade das situações ensejadoras do recurso em análise, principalmente no tocante à vontade do Poder Legislador em regular o procedimento desta forma. Num segundo momento, apresentar-se-á possíveis “saídas” apontadas pela doutrina e jurisprudência para decisões de caráter urgente fora do rol considerado taxativo do art. 1.015, CPC. Por fim, será feita a análise do julgado firmado sob o rito dos repetitivos, bem como apresentados possíveis cenários oriundos dessa interpretação dada pelo STJ ao dispositivo supra.

Para tanto, serão utilizadas as mais variadas doutrinas, além da análise dos importantes julgados (REsp 1.700.308/PB, REsp 1.679.909/RS; REsp 1.704.520/MT) referentes à temática proposta. A metodologia a ser utilizada será, portanto, dedutiva (partindo-se de diversas premissas para se chegar a algumas conclusões ou ponderações finais), histórica-explicativa (análise do retrospectivo histórico que o tema possui e sua influência para se chegar aos resultados), e baseada em materiais bibliográficos, consistindo-se na análise de julgados, doutrinas e das respectivas legislações e comandos legais pertinentes ao tema.

1 A TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015

Barbosa Moreira já reconhecia a problemática existente em todo sistema processual a respeito da recorribilidade das decisões interlocutórias, sendo intrínseco o debate a respeito das hipóteses de cabimento, a forma de processamento do recurso, o momento de eficácia do efeito devolutivo, e o efeito suspensivo ou não do procedimento (BARBOSA MOREIRA, 2005, p.488).

De acordo com a legislação processual de 1973, para se recorrer de uma decisão interlocutória, existiam duas figuras de agravo: a modalidade retida e a modalidade instrumental, sendo ambas disciplinadas pelo art.

522, *caput* daquele código. Preceituava o dispositivo que das decisões interlocutórias caberia recurso de agravo retido, no prazo de 10 (dez) dias, exceto nas situações em que tal decisão fosse suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação à parte, além dos casos de inadmissão da apelação, bem como no tocante aos efeitos em que referido recurso era recebido, ocasiões em que se dariam a modalidade instrumental.

Tem-se, dessa forma, que o agravo retido deveria ser a “regra” para recorrer das interlocutórias, sendo o agravo de instrumento “exceção”. Tal premissa se depreende, inclusive, partindo do princípio da *irrecorribilidade em separado das interlocutórias*, o qual prega a não paralisação da marcha processual a fim de que, separadamente, examine-se a questão incidental, o que justificaria a não atribuição de efeito suspensivo automático a esse tipo recursal (ALVIM, 2000, p. 70).

A modalidade retida possuía serventia, portanto, para os casos em que a discussão da matéria não fosse urgente, sendo necessária sua interposição tão somente para assegurar que não se operassem os efeitos da preclusão. Como exemplo de decisão que podia, à luz da lei anterior, ser objeto de agravo retido, tinha-se o indeferimento de perguntas à testemunha em audiência (TJ/SP, 2018, online)¹, o qual deveria ser requerido oralmente e, posteriormente, em sede de apelação, reiterado nas razões/contrarrazões (art. 523, *caput* e § 1º do CPC/73).

Já a modalidade de instrumento deveria ser utilizada para os casos em que fosse constatada a urgência do provimento, passível de causar grave dano e irreparável lesão ao interessado. Exemplificativamente, da decisão que concedia tutela provisória, em virtude do juízo em cognição sumária e supostos danos oriundos da medida, o recurso cabível se dava na modalidade instrumental.

Contudo, a própria disposição legal (de índole altamente subjetiva) gerava dúvidas quando se deveria utilizar qual modalidade, motivo pelo que se passou a utilizar muito mais, na prática forense, a

¹ AGRAVO RETIDO – Indeferimento em audiência do pedido de depoimento pessoal da autora – Decisão que desafiava a interposição imediata, no próprio termo e oralmente, de agravo na forma retida, conforme artigo 523, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente na data em que proferida a decisão – Agravo interposto em data posterior – Preclusão reconhecida – Decisão mantida – Agravo retido não provido [...]. (TJSP; Apelação 0001837-30.2015.8.26.0337; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33^a Câmara de Direito Privado; Foro de Mairinque - 1^a Vara; Data do Julgamento: 29/01/2018; Data de Registro: 30/01/2018). Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11120533&cdForo=0&uqidCaptcha=sajcaptcha-cefe7fd9b9e74d1aabccdd7600a948bee&v1Captcha=szs&novoV1Captcha=A>. Acesso em: 28 jul 2018.

modalidade de instrumento do que a modalidade retida (ALVIM, 2000, p. 155-157). A partir de todo o esposado, conclui-se que o recurso de agravo de instrumento possuía um rol amplo e não-taxativo de cabimento, eis que a lei processual condicionava apenas a situação de eminente risco/perigo para a parte em virtude da manutenção da decisão.

A Lei 13.105/2015 alterou, sobremaneira, esse quadro. A intenção do legislador foi, exatamente nos moldes da legislação processual de 1939, restringir as hipóteses de cabimento do referido recurso, dentre as mais variadas justificativas, sendo uma das principais: a quantidade de recursos de agravo de instrumento que eram interpostos como uma das causas da ineficiência e morosidade judiciais (GAJARDONI et al; 2017, p. 1.070).

Ademais, o CPC/2015 extinguiu a figura do agravo retido. Doravante, as decisões interlocutórias que não estivessem no rol taxativo de hipóteses do art. 1.015 do CPC/2015, ou em qualquer previsão legal extravagante (parágrafo único), seriam, ao menos em tese, recorríveis em preliminar ou contrarrazões de apelação (art. 1.009, § 1º do CPC/2015 – THEODORO JÚNIOR, E-book, 2016, p. 1.024).

Essas disposições acabaram por modificar, também, o sistema preclusivo do processo civil, na medida em que, eventuais matérias dessas decisões que não estiverem presentes no rol elencado do art. 1.015 não serão acobertadas pela preclusão imediata, concebendo o fenômeno da chamada “preclusão elástica”.

Sendo assim, quando exarada decisão interlocutória pelo juiz, dois cenários seriam formados: i) sendo a decisão elencada no rol taxativo do agravo de instrumento, deveria a parte interpor o recurso imediatamente dentro do prazo sob pena de preclusão imediata; ii) no caso de a decisão não integrar o rol estabelecido pelo legislador, a preclusão não se operaria de imediato, mas tão somente se a parte deixasse de arguir aquela matéria em preliminar ou contrarrazões de apelação (DELLORE et al, 2016, on-line).

Dessa maneira, decisões como a de indeferimento de prova pericial, ou ainda a que rejeita a alegação de incompetência, por não se encontrarem no rol taxativo do art. 1.015, desafiariam preliminar de apelação/contrarrazões, e não agravo de instrumento.

Certamente, muito se critica a opção adotada pelo legislador no tocante a esse novel sistema preclusivo. Por mais que tenha sido a intenção de prestigiar o princípio da oralidade, “a partir do aumento das hipóteses de irrecorribilidade de decisão interlocutória em separado, a preservação dos poderes de condução do processo do juiz de primeiro grau e a simplificação

procedimental” (NEVES, 2017, p. 2.762), de se notar que tal premissa somente funcionará nos casos de rejeição do pedido recursal.

Imagine-se a situação em que, indeferida a prova pericial, o autor tem sua demanda julgada improcedente e interpõe apelação com preliminar arguindo cerceamento de defesa. Caso seja acolhido o pedido, todos os atos emanados a partir do indeferimento serão considerados nulos – caso não possam ser aproveitados -, e a demanda regressará até aquele momento processual, repetindo-se toda a instrução novamente.

A questão torna-se mais complicada ainda em relação à alegação de incompetência, eis que o CPC/2015 conserva a eficácia das decisões proferidas pelo juízo incompetente até que outra seja proferida pelo juízo competente (art. 64, § 4º), sendo que, caso seja acolhida a preliminar de apelação, todos os atos deverão ser anulados. Contudo, alguns atos processuais já praticados ou efetivados no plano fático, podem já ter causado enorme prejuízo às partes, sem possibilidade de restabelecimento do *status quo ante* em virtude do lapso temporal que demorou para dirimir a questão (como por exemplo, em sede de obrigação de fazer, etc.).

Todavia, acredita-se que, afora os casos de manifesta constitucionalidade, não é seguro realizar interpretações pessoais de desaprovação sobrepondo-as sobre o texto legislativo (GAJARDONI, 2015, online; GAJARDONI et al, 2015, *passim*). Neste caso, acabar-se-ia criando uma situação em que o fato se sobreporia ao direito, ferindo o princípio constitucional da separação de poderes, em que o Poder Judiciário acaba por “legislar” por meio de sua interpretação.

O argumento-chave para a defesa da observância da taxatividade reside na preclusão. A preclusão constitui o impedimento da parte em praticar determinado ato ou faculdade processual, geralmente em razão do esvaimento de determinado prazo. Assim, se determinada decisão interlocutória versa sobre tutela de urgência, tem-se o prazo de 15 (quinze) dias para desafiar o *decisum* via agravo de instrumento, sob pena de preclusão.

Ora bem, às questões decididas em primeiro grau, sobre as quais não seja possível interpor agravo de instrumento, podem ser ressuscitadas com a apelação. Daí porque, a preclusão da questão decidida fica, por hipótese, em estado letárgico até o não agir futuro da parte, ou seja, pela não reedição do ponto na fase de apelação (art. 1.009, § 1º) [...] A preclusão é elástica porque, observando adequadamente o fenômeno jurídico, não se produz exclusivamente – nem é inteiramente

confinada –, ao não agir em determinado momento. Principia com a suscitação da questão e a decisão interlocutória sobre ela, mas elastece, estica, seu desdobramento até a apelação, quando então se dá pela omissão da parte. A partir desse sistema, todas as questões decididas em interlocutórias, que não estiverem no rol do art. 1.015, poderão ser revistas na fase de apelação (GAJARDONI et al., 2017, p. 1.029).

Com efeito, ao estabelecer que determinadas matérias não são recorríveis de imediato, o código adota a chamada “preclusão elástica”, sendo que a parte não será prejudicada pelo silêncio, vez que a oportunidade de arguir determinada matéria (v.g indeferimento de prova pericial) restará sobrestada para a preliminar de apelação (art. 1.009, § 1º do CPC). “Assim, diante de uma decisão interlocutória irrecorribel, o litigante não está sujeito ao adimplemento imediato de qualquer ônus, podendo simplesmente silenciar. Apenas quando da interposição ou da resposta a apelação é que a matéria precisa ser ventilada, sob pena, aí sim, de preclusão” (SICA, 2016, p. 15). Dessa forma, somente precluirá o direito, *in casu*, se não houver manifestação em recurso de apelação.

O que se afere após toda essa explanação é que o legislador optou – seja de agrado dos operadores do direito ou não -, certamente, por um sistema em que as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento são taxativas. Ou seja, para que seja cabível o recurso, consoante a legislação expressa, necessária a presença explícita no rol do art. 1.015 do CPC, ou em qualquer outro dispositivo do código, ou ainda em legislação extravagante (inciso XIII).

2 POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES APRESENTADAS PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PARA AS DECISÕES “URGENTES” QUE NÃO ELENCADAS NO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015

As dúvidas que pairaram na doutrina e em debates acadêmicos ficaram por conta de situações não acobertadas pelo rol do art. 1.015, mas que possuem um “quê” de urgência para que haja o seu desate. Ou seja, decisões interlocutórias que não estão elencadas de maneira expressa e, portanto, em virtude da taxatividade do rol, não poderiam, em tese, ser atacadas via agravo. Citaram-se, no início do trabalho, os exemplos da decisão que indefere produção de prova pericial durante a instrução, e também da decisão que rejeita a alegação de incompetência.

A primeira teoria que surgiu apontava para o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial nos casos em que a decisão interlocutória não fosse abarcada pela taxatividade, mas que possuísse, em sua essência, um “quê” de urgência a ser analisada.

Nos dizeres do professor Gilberto Gomes Bruschi

Havendo relevância e urgência, tornando necessária e primordial a revisão pelo tribunal e não havendo como se aguardar a análise do recurso de apelação pelo tribunal (v.g. decisão que indefere a alegação de incompetência relativa) ou, ainda, quando a decisão tornar impossível a interposição da apelação (v.g. decisão que inadmite os embargos de declaração mercê de sua intempestividade), surgiria ao menos numa primeira análise, o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al, 2015, p. 2.190).

Para o processualista Daniel Neves, nessas situações em que o tempo possa contribuir com o perecimento do direito, como no caso da decisão que rejeita alegação de incompetência, aguardar para o desate da controvérsia, ainda que previsto legalmente, seria inútil. “A decisão interlocutória sobre a competência, por exemplo, deve ser reexaminada imediatamente, e não somente no momento de julgamento da apelação, ainda mais porque o art. 64, § 4º, do Novo CPC, prevê que os atos praticados por juízo incompetente são válidos” (NEVES, 2017, p. 2.610).

Nesse mesmo sentido, posicionamento de José Henrique Mouta Araújo: “a bem da verdade [...] um desses dois raciocínios tende a prevalecer: ou se conclui que o art. 1.015 do CPC/2015 apresenta apenas um rol indicativo (e não taxativo) ou se admite a impetração de mandado de segurança contra as interlocutórias não previstas naquele dispositivo” (ARAÚJO, 2016, p. 214).

A questão do cabimento do mandado de segurança contra ato judicial sempre foi altamente polêmica, inclusive sendo tema de debates acadêmicos em Fóruns e Seminários Processuais. Em que pese a argumentação favorável soar bastante sedutora, no sentido de se garantir o direito à parte de ter a sua matéria “urgente” repreciada, não se deve banalizar o instituto. O uso indiscriminado do mandado de segurança “tem levado a excessos no emprego desse mecanismo e ao desvirtuamento de sua função, muitas vezes desfigurando as linhas diretrizes do sistema recursal nacional” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, E-book, p. 269).

Como bem se sabe as hipóteses de cabimento do mandado de segurança são restritas às decisões judiciais das quais não caibam nenhum recurso com efeito suspensivo (art. 5º, II da Lei 12.016/09), sendo fato que a decisão que rejeita incompetência relativa, apesar de não comportar julgamento imediato, poderá ser arguida em preliminar de apelação. Rememore-se que a apelação, salvo exceções, possui efeito suspensivo automático (art. 1.009 e ss. do CPC), portanto, entende-se mais correta a interpretação de que é inadmissível a utilização do instituto por expressa e simples contrariedade legal.

Nos dizeres de Cássio Scarpinela Bueno: “[...] talvez seja chegado o momento de se refletir e verificar na prática do foro se sobrevive a compreensão de que toda interlocutória tem que ser recorrível imediatamente ou se a redução, tal qual a empreendida pelo CPC de 2015, não é senão legítima opção política” (BUENO, 2016, p. 625). Ademais, sempre bom ressaltar que a admissibilidade recursal significa tão somente dar a última palavra sobre o tema ao Tribunal, que pode tanto corrigir uma atuação de primeiro grau infeliz, quanto arruinar uma boa decisão. Em outras palavras, a garantia do segundo grau não garante a “qualidade”, em si, do pronunciamento (DELLORE et al, 2018, online).

Ainda assim, doutrina e jurisprudência têm aceitado o uso do mandado de segurança contra ato judicial em situações de extrema urgência, ou contra decisões consideradas teratológicas, absurdas, manifestamente desproporcionais, calcando-se na possibilidade de proteção ao direito líquido e certo do impetrante e na necessidade de respaldo ao devido processo legal. Situações em que a demora na prestação jurisdicional possa acarretar a inutilidade do levantamento da questão, aliadas a esse caráter de teratologia (“monstruosidade”) da decisão, poderão desafiar o sucedâneo recursal ora em lume (GAJARDONI et al, 2017, p. 1.076).² Nesse sentido,

² “Vale destacar que, em outros procedimentos que consagram a irrecorribilidade imediata das interlocutórias (como o trabalhista, eleitoral e nos juizados especiais), há permissão de impetração do *writ*, desde que fundamentado em vícios teratológicos do pronunciamento judicial que possa causar gravame imediato à parte [...] Logo, é razoável afirmar que no processo de conhecimento consagrado no Código de Processo Civil de 2015 há esta mesma ampliação do cabimento de mandado de segurança em decorrência da inexistência de recurso imediato contra as situações não previstas no art. 1.015” (ARAUJO, 2016, p. 214). No mesmo sentido, Clayton Maranhão: “Assim, em hipóteses absolutamente excepcionais, aventa-se excepcional resgate da *ratio decidendi* contida no precedente do RE 76.909 (art. 926, § 2.º), por meio do qual a Suprema Corte abrandou o rigor da Súmula 267 e alargou a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial nos casos em que, a despeito da irrecorribilidade do ato judicial, posto manifestamente ilegal, em favor da parte que venha a sofrer dano irreparável ou de difícil reparação” (MARANHÃO, 2016, passim).

o entendimento da 3^a Turma do STJ: “agravo interno. Recurso ordinário em mandado de segurança. Despacho saneador. Ato judicial que não se revela teratológico [...] possibilidade de discussão posterior. Irrecorribilidade imediata.” (AgInt no RMS 55.544/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 26/06/2018, Dje 01/08/2018).

Uma outra saída encontrada pelos estudiosos do processo, foi a chamada interpretação extensiva do rol do art. 1.015 do CPC/2015. Como bem aponta parcela doutrinária que acata essa posição: “a existência de um rol taxativo não implica dizer que todas as hipóteses nele previstas devam ser interpretadas de forma literal ou estrita. É perfeitamente possível realizar-se, aqui – ao menos em alguns incisos, que se valem de fórmulas redacionais mais “abertas” –, interpretação extensiva ou analógica” (CÂMARA, 2017, p. 448).

Nesse mesmo sentido, analisando-se a decisão que rejeita alegação de incompetência relativa, disserta Didier Jr que se justifica a aplicação analógica do dispositivo atinente ao juízo arbitral:

Caso não se admita o agravo de instrumento nessa hipótese, perderia a utilidade a discussão sobre o foro de eleição. É que, sendo caso de incompetência relativa, o reconhecimento futuro da incompetência do juízo em razão do foro de eleição [...] seria inócuo, pois o processo já teria tramitado perante o juízo territorialmente incompetente e, ademais, a decisão não poderia ser invalidada [...] Em terceiro lugar qualquer decisão sobre alegação de convenção de arbitragem é impugnável, quer seja ela acolhida (apelação), quer tenha sido ela rejeitada (agravo de instrumento). A decisão que examina a alegação de incompetência é, em regra, decisão interlocutória – acolhendo-a ou rejeitando-a; o processo não se extingue, no máximo sendo reencaminhado ao juízo competente, caso a alegação tenha sido acolhida. [...] Em quarto lugar, imagine-se o caso de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente, pelo agravo de instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecorrível, já que o Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados (DIDIER JR., 2016, p. 237-238)

Um dos primeiros pronunciamentos judiciais a acatar esse posicionamento que se teve notícia, foi uma liminar recebendo agravo

contra decisão que versava sobre competência (Autos nº 0003223-07.2016.4.02.0000). De fato, como já exposto, uma das principais críticas ao CPC/2015 foi a ausência da hipótese de decisão que verse sobre competência, sobretudo a relativa, dentro do rol do art. 1.015. Contudo, aplicando o entendimento acima, o Desembargador decidiu por admitir o agravo de instrumento, aduzindo que havia aplicação extensiva do inciso III, “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”, eis que tal dispositivo regula uma matéria ligada à competência, sendo aplicado por analogia (TRF-2, online, *passim*).

Imagine-se, entretanto, a situação em que a parte interessada, convicta de que a decisão interlocutória proferida pelo magistrado (v.g a que rejeita alegação de incompetência) não se enquadra no rol taxativo do art. 1.015 do CPC, opta por aguardar e ressuscitar a *questio* em preliminar de apelação (art. 1.009, § 1º do CPC). Caso fosse adotada a teoria da interpretação extensiva, o recurso correto passaria a ser o agravo, de modo que precluiria o direito de alegar essa determinada matéria posteriormente.

A insegurança jurídica, nesse caso, seria latente, pois a parte teria, *a priori*, de agravar toda e qualquer interlocutória com o fundado receio de que a interpretação extensiva lhe prejudicasse no caso de se sobrestrar o momento de irresignação para as preliminares de apelação/contrarrazões. O que seria uma forma de desobstruir o sistema, poderia acabar por abarrotá-lo ainda mais com a análise de “pencas” de recursos. Nasceu daí, portanto, a necessidade de o STJ dar um posicionamento final sobre o tema.

Com a divergência de interpretações instaurada, parte dos Tribunais passou a adotar a taxatividade das hipóteses de cabimento do referido recurso; e parte passou a admitir uma interpretação mais extensiva das hipóteses do art. 1.015, sendo possível a utilização de analogias para a tutela de situações urgentes, que demandassem uma resposta mais ágil e não poderiam, em tese, aguardar a apelação. Essa dicotomia de aplicação do dispositivo causava, como acima dito, enormes embaraços no sistema preclusivo do Código, lesando jurisdicionados.

A 2ª Turma do STJ considerou que a interpretação do art. 1.015 do CPC devia ser restritiva, entendendo-se não ser possível esse “alargamento” de hipóteses de cabimento, a fim de contemplar situações que não previstas taxativamente na “lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento”, uma vez que “as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões em torno

da produção probatória, estavam fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015". (REsp 1.700.308/PB, 2^a Turma, Dje 23/05/2018).

Já quando a questão chegou à 4^a Turma do STJ, o Ministro Luís Felipe Salomão, relator, acolheu a hipótese de extensão do rol do agravo, aplicando-se por analogia o inciso III para as decisões que versavam sobre (in)competência. Nos termos do voto do Ministro, a doutrina, ainda que divergente em certos aspectos, acaba de uma forma geral acatando a necessidade de se estabelecer uma forma mais célere para a resolução da decisão interlocutória que defina a competência. Tal fato se deve, primordialmente, aos prejuízos que a demora do desate da *questio* possa causar ao jurisdicionado e ao processo, sem falar na inutilidade em se postergar a análise desse tipo de questão em sede de apelação (Resp 1679909/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 14/11/2017, Dje 01/02/2018).

Para tentar colocar uma “pá de cal” no assunto, e sedimentar de vez se o rol estabelecido pelo art. 1.015 do CPC é ou não taxativo, foi processado o REsp 1.704.520/MT sob o rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 e ss. do CPC/15), a fim de se chegar a uma interpretação que originasse um precedente a ser seguido. O STJ, por meio de uma votação apertada, chegou ao entendimento de que o rol das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento possui uma “taxatividade mitigada”, permitindo-se a interpretação extensiva da norma.

3 O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ E POSSÍVEIS IMPACTOS NO SISTEMA PROCESSUAL

A questão submetida ao julgamento da Corte Especial no REsp 1.704.520/MT foi de definir a natureza do rol do art. 1.015 do CPC/2015, verificando-se a admissibilidade da interpretação extensiva, a fim de que fosse admitida a interposição do agravo de instrumento contra decisão interlocutória em cujo objeto não conste expressamente da lista prevista pelo dispositivo em análise. Já a tese firmada – por apertada maioria, diga-se de passagem (7x5)-, foi a de que o art. 1.015 do CPC possui um rol de “taxatividade mitigada”, admitindo-se a interposição de agravo de instrumento nos casos em que verificada a urgência oriunda da inutilidade do desate da *questio* em preliminar de apelação (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018).

Essa interpretação foi colocada pela relatora, Ministra Nancy Andrighi,

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso deferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abranger todas as situações. Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”, nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego. Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018).

Pede-se vênia para discordar do nobre posicionamento da Ministra. Em primeiro lugar, não cabe ao Poder Judiciário legislar sobre matéria processual, matéria privativa do Congresso Nacional (art. 22, I da CRFB/88). A adoção da “taxatividade mitigada” nada mais é do que a revogação de norma estatuída pelo legislador na observância das regras do jogo democrático (a taxatividade escolhida para o rol do art. 1.015)³, além

³ Nesse sentido, a Exposição de motivos do CPC/2015: “Desapareceu o agravo retido, tendo, correlatadamente, sido alterado o regime das preclusões. Todas as decisões anteriores à sentença podem ser impugnadas na apelação. Ressalte-se que, na verdade, o que se modificou, nesse particular, foi exclusivamente o momento da impugnação, pois essas decisões, de que se recorria, no sistema anterior, por meio de agravo retido, só eram mesmo alteradas ou mantidas quando o agravo era julgado, como preliminar de apelação. Essa alteração contempla uma das duas soluções que a doutrina processualista colocava em relação ao problema da recorribilidade das decisões interlocutórias. Com o novo regime, o momento de julgamento será o mesmo; não o da impugnação. O agravo de instrumento ficou mantido para as hipóteses de concessão, ou não, de tutela de urgência;

da criação de hipótese extraordinária de cabimento recursal sem obedecer a nenhum processo legislativo, ofendendo descaradamente o primado da separação dos poderes (art. 2º da CRFB/88) (DELLORE et al, 2018, online).

Nesse sentido, interpretar a norma, estendendo suas hipóteses de cabimento em virtude de uma interpretação constitucional, ou até mesmo sistemática, é uma coisa. Criar uma nova hipótese recursal e revogar a legislação processual, estabelecendo balizas altamente abstratas para seu controle de incidência é bem diferente.

Num segundo momento, não se pode considerar objetivo o requisito colocado como parâmetro de aferição para o que se “mitigaria” (sic) a taxatividade do rol do art. 1.015. A “urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento em apelação”, em verdade, parece uma condicionante bem genérica, inapta, inclusive, a servir como precedente sob o rito dos repetitivos, pois abre um leque de possibilidades de pronunciamentos decisórios que possam ser, em tese, agraváveis.

Não se consolidou uma diretriz concreta para sustentar a “mitigação”, ou até mesmo uma interpretação “extensiva” do rol, mas sim quesito altamente subjetivo e casuístico, tirando da “responsabilidade da legislação” as hipóteses de cabimento, e jogando-as na mão do magistrado, que analisará na concretude do caso se aquela questão realmente necessita de deslinde urgente, prescindindo de espera para solução na preliminar de apelação. “Já a ministra fala genericamente em ‘urgência’ – qual? – e ‘normas fundamentais’ – quais? Nada mais [...] Simples assim. Complexo assim. Incontrolável assim. Contraditório assim. Caso Sua Excelência tenha pretendido reduzir a imprevisibilidade, o tiro saiu/sairá pela culatra” (SOUZA; STRECK, 2018, online).

Este, inclusive, foi o posicionamento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em voto divergente, *verbis*:

Vem-me desde logo a dúvida: como se fará a análise da urgência? Caberá a cada julgador fixar, de modo subjetivo, o que será urgência no caso concreto? Se for assim, qual a razão, então, de ser da atuação do STJ na fixação da tese, que em princípio, deve servir para todos os casos indistintamente? Apesar de compreender todo o empenho em buscar conferir efetividade à prestação jurisdicional, a fixação de uma tese tão aberta, que dependa da avaliação subjetiva de cada magistrado, parece-me deveras perigosa.

para as interlocutórias de mérito, para as interlocutórias proferidas na execução (e no cumprimento de sentença) e para todos os demais casos a respeito dos quais houver previsão legal expressa”.

Ademais, frustra a pretensão de pacificar e uniformizar a aplicação do direito federal pela sistemática do recurso representativo da controvérsia, porque deixará a análise sobre o cabimento ou não do agravo para cada caso concreto, neutralizando, assim, a ideia posta na lei processual vigente, ao tratar do recurso repetitivo (REsp 1704520/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018).

Em terceiro plano, ao contrário do que sustentado pela relatora, de que a preclusão não seria afetada pois apenas se estaria antecipando a oportunidade da manifestação da parte (que, em tese, se daria em preliminar de apelação); é nítido que o subjetivismo do comando judicial aprovado aponta para uma futura “necessidade” em se impugnar, a partir da sedimentação do entendimento repetitivo, toda e qualquer decisão interlocutória via agravo de instrumento.

A análise sobre o quesito da “urgência” e da “inutilidade da *questio* em apelação”, ficará a cargo do julgador, não sabendo a parte se seu direito irá precluir ou não por não ter suscitado a questão “urgente” em momento oportuno, ao confiar na preliminar de apelação. Noutros termos, o juiz indefere a produção de prova pericial e a parte, desconfiante de que poderá sofrer os efeitos da preclusão, agrava instantaneamente, indo na contramão do estabelecido pelo legislador no tocante à não-interrupção da marcha processual e redução do número de hipóteses recorríveis. Se assim não o fizer, correrá o risco de, na fase preliminar de apelação, ver sua pretensão considerada preclusa. Com efeito, “a admissibilidade do agravo, baseada agora em conceitos indeterminados, como urgência e inutilidade, será fato gerador para a interposição de mais recursos” (DELLORE et al, 2018, online). Ainda, nos casos de rejeição do cabimento do agravo de instrumento, poderá a parte valer-se da preliminar de apelação, ganhando “um ato processual extra” em relação à parte contrária, ferindo a “paridade de armas” necessária ao justo e efetivo andamento do processo.

Outra consequência que pode advir dessa interferência no sistema preclusivo, diz respeito ao chamado (e também criticado por parte da doutrina) “protesto antipreclusivo”.

Em razão da redação do art. 1.009, § 1º alterar de forma significativa o sistema preclusivo, não demorou para a doutrina debater a necessidade de se formular um “protesto antipreclusivo” nos casos atinentes à nulidade relativa não acobertada pelo rol do art. 1.015, eis que, consoante denota o art. 278 do CPC, a nulidade relativa deve ser

arguida na primeira oportunidade que a parte tem de se manifestar. Parcela doutrinária sustentava que a norma especial (art. 1.009, § 1º), por alterar o regime preclusivo do código, deveria prevalecer sobre a norma genérica das nulidades relativas (art. 278), sendo que numa situação de antinomia, a especial prevaleceria sobre a genérica. Já outra corrente defendia a necessidade de se protestar determinada matéria, seja porque o regime de preclusão imediata se sobreporia ao estabelecido pelo art. 1.009, § 1º, seja por que haveria a “divisão” da preclusão, sendo que a momentânea (art. 278) seria suprida pelo protesto antipreclusivo, e esticada, após esse protesto, por força da norma recursal (LEMOS, 2018, p. 286-287).

Em razão da tese totalmente aberta aprovada pelo STJ, o que antes podia ser considerada apenas uma faculdade da parte, passará a ser uma eventual necessidade, tendo em vista a dificuldade em se estabelecer a ocorrência ou não da preclusão de determinada matéria. A parte pode, tão logo, utilizar-se de um pedido de reconsideração, embargos declaratórios, ou até mesmo uma petição simples que demonstre o inconformismo com o *decisum*, a fim de obstar de vez a preclusão da matéria (LEMOS, 2018, p. 289-290).

Por fim, uma outra possível consequência desastrosa que poderá ser observada, atinente à toda a sistemática recursal criada pelo código, será a proliferação de Reclamações a fim de se garantir a observância da autoridade das decisões do tribunal, notadamente do STJ. Após o esgotamento das vias ordinárias (agravo de instrumento, embargos de declaração da decisão que o rejeitar, e posterior agravo interno), o art. 988, II do CPC/2015 poderá ser invocado, embasando-se na inobservância do critério fixado em recurso julgado pela Corte sob os ritos repetitivos – a urgência e inutilidade da invocação em apelação. Óbvio que para chegar até tal patamar, a parte poderá passar por dispendiosas custas, mas sabemos que aqueles “litigantes habituais” possuem capacidade financeira para custear eventuais procedimentos.

Se o intuito era reduzir o número de recursos, ou então preservar a celeridade e efetividade evitando-se anulações após a instrução, o tiro realmente “saiu pela culatra”. Percebe-se, sem dúvidas, com o acolhimento da teoria da “taxatividade mitigada”, um verdadeiro cenário caótico, imprevisível e de insegurança jurídica, deturpando todo um sistema recursal e preclusivo elaborado pela vontade do legislador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo político-legislativo que culminou com a aprovação e sanção do CPC/2015, bem ou mal, optou por não incluir determinados tipos de decisões no rol de cabimento do agravo de instrumento, sob as mais diversas justificativas. Dentre elas, a possível redução do número de recursos interpostos, tendo em vista a “banalização” que o agravo de instrumento acabou sofrendo durante a vigência e as alterações legislativas do CPC/73, em virtude do texto legal totalmente amplo, aberto e genérico calcado na urgência, e na demora da reapreciação do pedido passível de causar grave dano e irreparável lesão ao interessado.

Inegável que nem sempre o legislador conseguirá contemplar, num rol fechado, todas as hipóteses desejadas para o cabimento do recurso, sendo certo que durante os debates nas Casas Legislativas muito se cogitou na inserção de mais situações de cabimento do agravo, inclusive a decisão que rejeitasse alegação de incompetência. Entretanto, essa não foi a vontade final do Poder Legislativo, sendo aprovada a Lei 13.105/2015 com as hipóteses taxativas de cabimento do recurso presentes nos incisos do art. 1.015 do CPC.

Ademais, tal mudança legislativa culminou com alterações importantíssimas no sistema preclusivo do código, pois no art. 1.009, § 1º contemplou a recorribilidade, em preliminar de apelação, dessas decisões que não comportassem recurso de agravo de instrumento, ausentes do rol acima, ou de qualquer outra legislação extravagante. A parte não perderia o direito de atacar a *decisum* por não se manifestar, mas elasteceria sua possibilidade para o momento da apelação. Um tipo de “agravo retido”, mas sem a necessidade de suscitação oral prévia.

A partir daí, muito se questionou a respeito de decisões não contempladas na lista do art. 1.015, mas que necessitavam ser rediscutidas rapidamente, eis que a sua postergação para a preliminar de apelação poderia vir a acarretar prejuízos severos às partes, e ao sistema como um todo. Como exemplos clássicos, foram citadas a decisão que indefere a produção de prova pericial e a que rejeita alegação de incompetência, as quais, se acolhidas em sede de apelação, ensejariam a anulação do processo e sua “re-instrução”, lesando diversos primados processuais.

Adotou-se tentou trazer algumas soluções, uma delas o renascimento do mandado de segurança contra ato judicial, muito utilizado no CPC/39 também em virtude de um rol fechado de cabimento do referido recurso, mas que se mostrou uma verdadeira *aberratio* no sistema, deturpando os

próprios fundamentos constitucionais do então sucedâneo recursal. Afinal, cria-se um novo procedimento, com um novo juiz natural, para se discutir ato de outro procedimento, relativo ao convencimento de outro juiz natural, um verdadeiro caos na máquina judiciária. Com efeito, admite-se o mandado de segurança contra ato judicial, excepcionalmente, nos casos de decisões teratológicas, absurdas, manifestamente desproporcionais ou irracionais, aliadas a uma urgência de satisfação do interesse, observando-se o direito líquido e certo do impetrante a um devido processo legal e uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Uma outra saída seria a interpretação extensiva do rol, adequando-se determinadas situações aos incisos com hipóteses mais “abertas”, v.g a decisão que rejeitasse a alegação de incompetência ser enquadrada no inciso III do art. 1.015, CPC, equiparando-se à que rejeita alegação de convenção de arbitragem. Para essa corrente doutrinária, apesar da escolha legislativa pela taxatividade, seria necessário estender, por analogia, algumas situações, a fim de se evitar prejuízos e danos irreparáveis às partes.

Quando a Corte Especial do STJ teve oportunidade de dirimir a questão em sede de julgamento pelo rito dos repetitivos, trouxe mais dúvida e insegurança do que soluções prático-concretas para a interpretação da norma. Não se adotou nem a taxatividade, nem o cabimento do mandado de segurança, tampouco a interpretação extensiva, ou ainda exemplificativa do rol. Criou-se, judicialmente, uma nova espécie normativa de cabimento do recurso, bem como se “revogou” a taxatividade eleita pelo legislador, dizendo se tratar de uma “taxatividade mitigada”.

A partir do entendimento, agora precedente de observância obrigatória pelos demais Tribunais firmado pelo STJ (art. 927, III do CPC), toda decisão interlocutória em que se verificar urgência decorrente da inutilidade em se aguardar a impugnação em preliminar de apelação poderá ser agravada, trazendo possíveis impactos em nosso sistema processual.

O primeiro é a sedimentação do chamado “ativismo judicial” descabido, com a clara violação a preceitos constitucionais (como o princípio da separação de poderes), tomando o Poder Judiciário para si a missão de legislar, atropelando qualquer conceito de Estado Democrático de Direito. Não é de hoje a crítica que se tem feito ao STJ no sentido de ignorar a lei processual, interpretando-a a seu bel prazer e “legislando”, “reescrevendo o código”, por meio de suas decisões (DELLORE, 2019, online).

Em segundo lugar se critica a subjetividade do requisito colocado para se aferir a possibilidade de “mitigação” do rol, ou não. Um requisito

totalmente genérico e amplo – portanto inapto, ineficaz, a nosso entender, a formar um precedente -, ficando a carga decisória do que pode ser impugnado pelo recurso ou não na mão do próprio magistrado, dependendo de sua convicção do que poderá ser considerado urgente e imprestável de se aguardar. Não se utilizou qualquer baliza concreta para a aplicação da norma, corrompendo o sentido de formação de precedentes com o rito dos repetitivos, trazendo mais insegurança jurídica ainda ao sistema.

Em terceiro plano, pode-se esperar uma verdadeira proliferação de recursos, pois a incerteza em se saber se a questão do pronunciamento não elencada no rol tem natureza urgente ou não, portanto se precluirá de imediato ou não, fará com que a parte interponha agravo de instrumento de toda e qualquer decisão interlocutória, sempre se calcando na subjetividade estabelecida como precedente. E, quando esgotadas as vias ordinárias (agravo de instrumento, embargos de declaração, e agravo interno), poderá a parte, ainda, valer-se da Reclamação ao STJ pela não observância da autoridade de suas decisões, tendo em vista que será totalmente de interpretação do julgado a “urgência” ou não do provimento, face a essa “inutilidade em se aguardar a apelação”.

Por fim, cria-se a “necessidade” de a parte formular “protestos antipreclusivos”, a fim de que não seja prejudicada ou surpreendida pelo não acolhimento da questão em preliminar de apelação, quando considerada pelo julgador urgente e impugnável via agravo. Dessa forma, eventual decisão deve ser objeto de pedido de reconsideração, embargos de declaração, ou simples petição manifestando o inconformismo com a *questio* e seu desejo em desfiá-la em preliminar de apelação.

Percebe-se que, o que era para trazer “paz de espírito” aos juristas e segurança para o sistema, acabou por instaurar um ambiente ainda mais incerto e desorganizado, focado na casuística, e não na importância do precedente para solução de demandas idênticas. A tese da “taxatividade mitigada” aprovada pelo STJ traz mais males do que bens, sendo certo que a intenção de se prestigiar o direito a um processo “justo e efetivo”, esbarra em constitucionalidade do meio (judicial) pelo qual foi feita a alteração, bem como cria anomalias no sistema recursivo e com certeza um aumento no número de agravos interpostos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil.** v. 2. São Paulo: RT, 2000.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo.** v. 251/2016, 2016, p. 207 - 228.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. E-book. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento diferenciado. v. 3. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil.** v. 5. 12 ed. rev., atual, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2^a Região). Agravo de Instrumento nº 0003223-07.2016.4.02.0000. Agravante: Datamec S/A Sistemas e processamento de dados. Agravada: União Federal/ Fazenda Nacional. Relator: Luiz Antonio Soares. Data de decisão 05/10/2016; Data de disponibilização: 11/10/2016. Disponível em: http://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:Gx12-JR9U8oJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201600000032231%26coddock%3D480791%26datapublic%3D2016-10-13%26pagdj%3D445/618+0003223-07.2016.4.02.0000&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xm_l_no_dtd&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 20 dez. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. E-book. **Manual de direito processual civil:** inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELLORE, Luiz. O novo CPC “não pegou”: casos em que o STJ simplesmente não aplica o código. **Jota.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-novo-cpc-nao-pegou-casos-em-que-o-stj-simplesmente-nao-aplica-o-codigo-21012019>. Acesso em: 21 jan. 2019.

DELLORE, Luiz et al. Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva. **Jota**, publicado em 04.04.2016. Disponível em: <https://jota.info/columnas/novo-cpc/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016>.

DELLORE, Luiz et al. O ativismo do ativismo do ativismo: STJ e a revogação judicial do art. 1.015 do CPC. **Jota**, publicado em 05.12.2018. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/novo-cpc/ativismo-ativismo-stj-revogacao-judicial-art-1015-cpc-05122018>. Acesso em: 20 dez. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Novo CPC não é o que queremos que ele seja, **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>. Acesso em: 20 dez. 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Comentários ao CPC/2015:** Teoria Geral do Processo 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Execução e recursos:** Comentários ao CPC 2015. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

LEMOS, Vinícius Silva. A regra da não preclusão imediata do art. 1.009, § 1º e a conjunção com art. 278: protesto antipreclusivo no CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 12, v. 19, n. 1. Janeiro a Abril de 2018, p. 267-294.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no código de processo civil de 2015: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial in **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 256 (Junho/2016), 2016, p. 147-168.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. E-book. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP). Apelação 0001837-30.2015.8.26.0337; Relator (a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mairinque - 1ª Vara; Data do Julgamento: 29/01/2018; Data de Registro: 30/01/2018). Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/o.o?conversationId=&cdAcordao=11120533&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcefe7fd9b9e74d1aabddd7600a948bee&vICaptcha=szs&novoVlCaptcha=>. Acesso em: 28 jul. 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Recorribilidade das interlocutórias e sistema de preclusões no Novo CPC - primeiras impressões – **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 65**, Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/07/recorribilidade-das-interlocutorias-e-sistema-de-preclusoes-no-novo-cpc-primeiras-impressoes/>. Acesso em: 28 dez. 2018.

SOUZA, Diego Crevelin; STRECK, Lenio Luiz. No STJ, taxatividade não é taxatividade? Qual é o limite da linguagem? **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 07.08.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-07/stj-taxatividade-nao-taxativa-qual-limite-linguagem>. Acesso em: 22 dez. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários do código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

A PROBLEMÁTICA DO CONTRADITÓRIO E DA DECISÃO SURPRESA NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA

THE PROBLEM OF THE CONTRADICTORY AND THE SURPRISE DECISION IN THE APPLICATION OF THE THEORY OF MATURE CAUSE

Fabrício Veiga Costa*

Lincoln Machado Alves de Vasconcelos**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O princípio do contraditório como fundamento regente do processo constitucional democrático. 2 Decisão surpresa: aspectos legais e infralegais. 2.1 (Novo) Código de Processo Civil. 2.2 Instrução Normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho. 2.3 Enunciados da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. 3 O recurso como desdobramento do duplo grau de jurisdição. 4 Teoria da causa madura: entendimento anterior, atual e análise crítica. 4.1 Efeito devolutivo e translativo. 4.2 Indeferimento da inicial e a (des)necessidade de requerimento. 4.3 Recurso ordinário constitucional e mandado de segurança. Conclusão. Referências.

RESUMO: Objetiva-se com a presente pesquisa compreender a problemática da observância do contraditório no âmbito da aplicabilidade da teoria da causa madura, delimitando-se a análise proposto no contexto da decisão surpresa. O contraditório é um princípio constitucional explícito que assegura isonomicamente às partes do processo o direito de amplo debate das questões de fato e de direito que integram a pretensão, e a possibilidade de produção de provas. O provimento final democrático deve ser reflexo da construção dialógica pelos sujeitos do processo, relativizando-se o protagonismo judicial. A teoria da causa madura permite que o juízo *ad quem* julgue originariamente o mérito da pretensão deduzida, quando o objetivo do recurso proposto é apenas anular a decisão recorrida. Admitir a aplicabilidade de tal teoria é reconhecer a autocracia jurisdicional, legitimar os amplos poderes do julgador decidir, usurpar suas atribuições, cercear o direito de defesa e suprimir instâncias, em contrariedade ao princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se de uma técnica procedural que contraria o modelo constitucional do processo democrático. Por meio das pesquisas teórico-bibliográfica e documental, demonstrou-se que o atual entendimento do judiciário brasileiro reconhece como legítima a aplicação dessa teoria aos recursos de apelação, agravo de

* Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-Doutor em Educação. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogado. Professor Universitário. Membro do Conselho de Ética da Seção Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil.

** Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG.

Artigo recebido em 10/06/2019 e aceito em 24/09/2019.

Como citar: COSTA, Fabrício Veiga; VASCONCELOS, Lincoln Machado Alves. A problemática do contraditório e da decisão surpresa na aplicação da teoria da causa madura. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 153-184. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

instrumento e ordinário constitucional. Tal entendimento contraria a processualidade democrática, ocasiona a decisão surpresa, cerceia o direito de defesa e retira das partes a possibilidade de construir dialeticamente o provimento final de mérito.

Palavras-chave: decisão surpresa. teoria da causa madura. processo constitucional democrático. supressão de instância. usurpação de competência. cerceamento de defesa.

ABSTRACT: *The objective of this research is to understand the problem of the observance of the contradictory in the scope of the applicability of the theory of the mature cause, delimiting the analysis proposed in the context of the surprise decision. The contradictory is an explicit constitutional principle that provides the parties to the process with the right to broadly discuss the issues of fact and law that integrate the claim, and the possibility of producing evidence. The final democratic provision should be a reflection of the dialogical construction by the subjects of the process, relativizing the judicial protagonism. The mature cause theory allows the ad ad to judge the merits of the claim deducted, when the purpose of the proposed remedy is only to annul the contested decision. Admitting the applicability of such a theory is to recognize jurisdictional autocracy, to legitimize the broad powers of the adjudicator to decide, to usurp its powers, to curtail the right of defense and to suppress instances, contrary to the principle of double jurisdiction. It is a procedural technique that runs counter to the constitutional model of the democratic process. Through the theoretical-bibliographic and documentary research, it has been demonstrated that the current understanding of the Brazilian judiciary recognizes as legitimate the application of this theory to appeals, grievances of instrument and constitutional ordinary. Such an understanding contradicts democratic process, causes a surprise decision, restricts the right of defense and removes the parties' ability to construct the final meritoriously.*

Keywords: *decision surprise. theory of mature cause. democratic constitutional process. instance suppression. usurpation of competence. defense custody.*

INTRODUÇÃO

Constitui objetivo geral da pesquisa investigar cientificamente os fundamentos jurídicos da teoria da causa madura, delimitando-se o objeto de análise na problemática envolvendo a observância do princípio do contraditório e possibilidade de decisão surpresa, quando de sua aplicabilidade no julgamento dos recursos de apelação, agravo de instrumento e recurso ordinário constitucional. A escolha do tema se justifica em virtude de sua relevância prática e teórica, especialmente no que atine à compreensão do cerceamento de defesa como pressuposto para a nulidade de decisões judiciais em razão de *error in procedendo*.

A relevância do tema proposto fica evidente em sua importância social, haja vista que a aplicabilidade da teoria da causa madura, no âmbito recursal, problematiza o debate quanto à usurpação de competência, cerceamento de defesa e a possível violação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Inicialmente desenvolveu-se um estudo sobre o princípio do contraditório, compreendido como o parâmetro utilizado para legitimar democraticamente o direito de fala no âmbito processual, mediante a

oportunidade isonômica e isomênica conferida aos sujeitos do processo de serem coautores do provimento final de mérito. O estudo da decisão surpresa, previsto nos artigos 9 e 10 do atual Código de Processo Civil, foi de significativa importância para analisar criticamente a aplicabilidade e interpretação do princípio do contraditório no contexto da processualidade democrática.

Visando detalhar o estudo da temática proposta, foi realizado um estudo bibliográfico e documental, para dimensionar sistematicamente o tema no contexto do atual Código de Processo Civil, instrução normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho e Enunciados da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados. As respectivas análises crítico-comparativas permitiram dimensionar como a teoria da causa madura tem sido aplicada, compreendida e interpretada no direito brasileiro.

A investigação sistemática dos fundamentos constitucionais do duplo grau de jurisdição, compreendido como princípio regente da estrutura processual democrática, constituiu relevante análise para evidenciar a importância de garantir à parte sucumbente o direito de invalidar, reformar, esclarecer ou integrar uma decisão judicial que lhe é desfavorável. Demonstrou-se, ainda, que tal princípio é corolário do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, visto que dentre suas finalidades está a exauriência argumentativa como condição para assegurar a democraticidade do provimento final de mérito.

A análise específica da teoria da causa madura, na perspectiva comparativa envolvendo o atual Código de Processo Civil, e a legislação processual civil anterior (CPC/1973), foi necessária para viabilizar o estudo crítico-analítico dos efeitos devolutivo e translativo, no contexto do direito de fala e argumentação racional no âmbito recursal. O estudo específico do indeferimento da petição inicial, como causa da sentença terminativa, demonstrou que a aplicabilidade da teoria da causa madura constitui um meio de cercear o direito de defesa e limitar o espaço processual de debate, comprometendo-se a legitimidade democrática do provimento final de mérito.

A partir de estudos bibliográficos e da análise da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça demonstrou-se que as hipóteses que admitem a aplicabilidade da teoria da causa madura não se restringem ao recurso de apelação, estendendo-se ao recurso ordinário constitucional e ao agravo de instrumento, ressaltando-se a importância de observância do contraditório como requisito de validade e legitimidade do provimento final de mérito.

Nesse cenário propositivo, a pergunta problema que conduzirá as reflexões científicas apresentadas é a seguinte: a aplicabilidade da teoria da causa madura constitui um meio de cercear o direito de defesa e comprometer a legitimidade democrática da decisão de mérito no julgamento de recursos? Por meio das pesquisas bibliográficas e documental, análises temáticas, teóricas, interpretativas, comparativas e críticas, bem como a utilização do método dedutivo, foi possível identificar aporias e demonstrar a importância do debate democrático-constitucionalizado da teoria da causa madura, esclarecendo-se se por meio de sua aplicabilidade é possível verificar a usurpação de competência, cerceamento de defesa e supressão de instâncias.

1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO FUNDAMENTO REGENTE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

O processo constitucional democrático funda-se em proposições teóricas que rompem com a instrumentalidade técnica, relativiza o protagonismo e a discricionariedade judicial, além de legitimar democraticamente a possibilidade de os sujeitos do processo serem coautores do provimento final. O contraditório¹ é princípio constitucional que se vincula diretamente com a interpretação e dialogicidade dos fatos alegados e a interpretação da legislação utilizada como parâmetro para o julgamento do mérito da pretensão deduzida. Importante esclarecer que no sistema civil law o referido princípio não se relaciona diretamente com a racionalidade do sistema jurídico, haja vista sua direta relação com as questões fáticas e jurídicas da demanda.

Nessa perspectiva pode-se afirmar que “o processo constitucional é a conexão entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o contraditório” (GRESTA, 2014, p. 174), haja vista que no modelo constitucional de processo, “o processo não é instituição teórico-constitucional fundante, mas sim esquema suscetível a adaptações conforme reclames pragmáticos de funcionalidade” (GRESTA, 2014,

¹ O artigo 3º do Código de Processo Civil de Macau, quanto ao princípio do contraditório, assim estabelece: **1.** O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e à outra seja facultada a oportunidade de deduzir oposição. **2.** Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. **3.** O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. Disponível em <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocivpt/codprociv0001.asp#t1a1>. Acesso em: 11 dez. 2019.

p. 177). “O processo democrático tem, assim, no âmbito jurisdicional, a tarefa primordial de resgatar e oportunizar a discussão de todos os interessados, garantindo a construção de um espaço proceduralizado em contraditório, a fim de afastar protagonismos e busca solitária pela aplicação do direito com justiça” (PAOLINELLI, 2014, p. 25).

“A marca fundamental do contraditório no paradigma do Estado democrático é a igual oportunidade dos interessados na construção dos provimentos estatais” (COSTA, 2016, p. 88). O estudo específico do respectivo princípio no contexto da presente pesquisa justifica-se em razão da necessidade de problematizar o debate acerca do cerceamento de defesa no que atine à aplicabilidade da teoria da causa madura, especialmente no contexto da questão envolvendo a decisão surpresa, vedada expressamente pelo atual Código de Processo Civil. Por isso, pode-se afirmar que “o contraditório não é apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos processuais e possibilidade que as partes têm de contrariá-los, em perspectiva técnica e científicamente tacanha” (DIAS, 2010, p. 96). “O contraditório é uma das vigas-mestras do devido processo constitucional, juntamente com a ampla defesa, a fundamentação das decisões jurisdicionais e a reserva legal” (PAOLINELLI, 2014, p. 27).

Compreender o contraditório como um dos pilares do modelo constitucional de processo é reconhecer que o mesmo “deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (LEAL, 2002, p. 88). Por isso, “é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tenham direito-garantia de se manifestarem” (LEAL, 2009, p. 97).

“Pensar o contraditório como princípio regente do modelo constitucional de processo constitui um meio de assegurar às partes a ampla exauriência argumentativa, com a oportunidade de participação na construção do provimento final” (COSTA, 2019, p. 74). É de suma importância destacar que no artigo 10 do Código de Processo Civil brasileiro vigente “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (COSTA, 2019, p. 79).

É justamente nesse contexto propositivo que se constrói o debate da problemática científica apresentada na respectiva pesquisa, ou seja, pretende-se debater se o tribunal, quando da aplicabilidade da teoria da causa madura, poderá julgar de ofício determinadas questões sem antes mesmo oportunizar o contraditório às partes interessadas. Admitir tal possibilidade é reconhecer evidente ofensa ao princípio do contraditório, considerando-se que teria, nesses casos, claro cerceamento de defesa, haja vista que a limitação do espaço de argumentação da pretensão pelas partes interessadas configuraria a possibilidade de uma decisão surpresa, algo vedado pela legislação vigente.

A compreensão do princípio do contraditório como fundamento do processo constitucional democrático exige uma releitura de sua amplitude, especialmente no que atine aos critérios de interpretação constitucional. Isto é, propõe-se um redesenho do princípio em comento sob uma perspectiva teórica menos “estéril”, partindo-se para uma concepção mais afinada com a constitucionalidade democrática, mais atenta ao coeficiente de legitimidade democrática no *iter* procedural da atividade jurisdicional.

Para tanto, não mais se exaure o mencionado princípio numa concepção dogmaticamente subserviente à mera satisfação de requisitos formalmente postos numa dimensão estática indiferente a outros valores éticos e à sustentabilidade argumentativa. Sua compreensão condiz com caminhos hermenêuticos conducentes à preocupação, com a efetiva participação isonômica pelos destinatários do provimento jurisdicional. Afinal, conforme Gustavo de Castro Faria:

De nada valeria a simples oportunização, a abertura da possibilidade de uma real participação se a motivação das decisões continuar a ser entendida como o recinto de um papel idiossincrático do agente público decisor que, embora atento à contraditoriedade, descarta os argumentos ofertados no momento em que profere seus julgamentos” (2010, p.184)

A oportunização do contraditório ocorre no momento em que são asseguradas iguais condições aos sujeitos do processo de argumentarem amplamente os fundamentos de fato e de direito que integram a pretensão deduzida. Sua efetivação se dá quando os argumentos racionalmente postos e trazidos pelas partes ao processo são utilizados como critérios de construção da *ratio decidendi*, ou seja, o cerceamento de defesa decorre não apenas da ausência de oportunização do contraditório, tendo em vista que quando sua efetivação não ocorre também é possível afirmar que houve supressão do

direito de defesa. Tal afirmação se justifica porque, quando os argumentos suscitados pelas partes são ignorados pelo juiz no momento de julgamento de lide tem-se a limitação do espaço argumentativo, a prevalência dos argumentos unilaterais postos pelo decididor, além da exclusão da possibilidade de os sujeitos do processo serem coautores do provimento final, contrariando toda a processualidade democrática que rege o processo constitucional.

Através dessa nova semântica, o princípio do contraditório apresenta-se como propulsor das possibilidades discursivas no *locus* processual, com vistas à construção participada do provimento jurisdicional. Diante de sua função – ora proposta – de aproximar a atividade jurisdicional de um maior coeficiente de legitimidade democrática (sob o crivo da participação discursiva dos destinatários da decisão judicial), descortina-se como genuíno fundamento da constitucionalidade democrática. Ou, nas palavras de Daniel Mitidiero:

Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e a realização dos seus fins. Na verdade, um procedimento incapaz de atender ao direito de participação daqueles que são atingidos pelos efeitos da decisão está longe de espelhar a ideia de democracia, pressuposto indispensável para a legitimidade do poder. (2017, p.388)

A releitura constitucionalizada da amplitude do princípio do contraditório demanda um esforço hermenêutico que dialoga diretamente com as diretrizes normativas trazidas pela teoria dos direitos fundamentais. Nesta linha de raciocínio o contraditório assume a função de garante da efetiva possibilidade de participação dinâmica no desenvolvimento (e no resultado) do processo, que se revela, segundo Humberto Theodoro como uma “real comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre todos os sujeitos processuais” (2012, p.15).

Afinal, uma concepção no sentido de se reduzir o aludido princípio à garantia de se franquear às partes o direito de informação e possibilidade de reação, convola-se numa estéril e meramente simbólica influência na convicção – ao final solitária – do julgador. De tal forma, invariavelmente implica num distanciamento de um modelo processual que se pretende genuinamente constitucional democrático. No mesmo sentido é a observação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (1999, p. 135), para quem “[...] esta concepção do princípio é ‘acanhada’, dominante no século XIX”.

Ao erigir o contraditório como cânone de um modelo genuinamente constitucional e democrático de processo, sobreleva-se um redesenho conceitual harmônico com mecanismos aptos a proporcionar decisões menos autocráticas. Impende uma guinada hermenêutica desapegada de um viés excessivamente instrumentalista e impregnado das amarras do liberalismo exacerbado de outrora, de modo a não possibilitar qualquer flerte com tendências do excessivo protagonismo do julgador, em detrimento de um desejável policentrismo processual. Interessante, nessa perspectiva, a lição de Aroldo Plínio Gonçalves:

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo (1992, p.127).

Não se pretende esvaziar a função do magistrado, mas apenas concebê-la sob uma perspectiva alinhada ao desempenho de sua função, de maneira atenta à efetividade dos direitos fundamentais dos jurisdicionados, conforme salienta Marcelo Cattoni de Oliveira:

[...] o constitucionalismo democrático necessita da atuação de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia, na garantia das condições processuais para o exercício da cidadania, que leva em consideração as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir. (2005, p.11)

Reconhecer a natureza principiológica do contraditório, sob a ótica da constitucionalidade democrática, constitui um meio de repensar o processo e a jurisdição nas perspectivas teóricas e práticas. Ou seja, a jurisdição, vista até então como uma atividade pessoal do julgador, passa a ser compreendida como um direito fundamental do cidadão, corolário do acesso à justiça.

O processo deixa de ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição e passa a ser reconhecido como um espaço (*locus*) de ampla argumentação dos fundamentos de fato e de direito da pretensão das partes (sujeitos) interessadas. Relativiza-se o protagonismo e a discricionariedade judicial, pois o julgador deixa de ser a única fonte de interpretação da norma, visto que o provimento final é discursivamente construído pelas partes interessadas no objeto debatido em juízo.

A proposição que se pretende testificar – que assim como qualquer teoria, não se encontra imune à crítica e à falibilidade² – funde-se numa concepção do contraditório que potencialize a democratização do ambiente processual. Isto é, que otimize a ideia de processo como *locus* de efetiva participação na construção do provimento final, em relação ao qual seus destinatários sintam-se como coautores. Uma decisão judicial fruto de uma participação discursiva e democrática tende a ser reconhecida como legítima por seus destinatários – eis que discursivamente sustentável – e, diante disso, mais próxima do tão almejado escopo da legitimidade democrática do provimento final, pois está mais suscetível de insurgência racional das partes, relativizando-se o protagonismo judicial. Afinal, conforme a lição de Elio Fazzalari, ao se referir à estrutura processual dialética:

[...] tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação as suas atividades; na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados. (1994, p. 83).

Nota-se estreita sintonia entre o princípio do contraditório – sob o ângulo teórico proposto – com o discurso democrático realizado no âmbito processual. A questão que doravante se apresenta é: qual o tratamento adequado ao mencionado princípio no contexto da aplicação da teoria da causa madura? Antes de desafiar a problemática ora lançada, pertinente esclarecer no tópico seguinte alguns aspectos relativos à “decisão surpresa”

2 DECISÃO SURPRESA: ASPECTOS LEGAIS E INFRALEGAIS

Diante da relevância relegada ao princípio do contraditório como fundamento da constitucionalidade democrática, avulta examinar a problemática em torno da decisão surpresa. Sob a ótica do modelo

² Afinal, conforme se infere das lições de Pedro Demo, nas ciências sociais em geral não há uma estabilidade das fórmulas e das teorias – tal como se verifica nas ciências exatas ou nas naturais (1985, p. 15-16), pelo que é defensável sustentar que o objeto de pesquisa, no âmbito do direito, além de sujeito à testificação, também se qualifica como “inacabado e inacabável”.

constitucional do processo democrático, as partes não podem ser surpreendidas com uma decisão distinta e que não dialogue com o que foi alegado e provado no âmbito processual.

Implica em dizer que a atuação de ofício do julgador se condiciona à oportunização prévia ou posterior do contraditório às partes, já que serão diretamente afetadas pelos efeitos jurídicos daquilo que for decidido no processo. “Por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 109).

Essa mesma sistemática de vedação de decisões surpresas também é reconhecida no direito estrangeiro. O artigo 3., parágrafo 3 do Código de Processo Civil Português é claro ao estabelecer que o magistrado deverá observar e fazer cumprir, “ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (DIDIER JUNIOR; PEIXOTO, 2015, p. 43).

No mesmo sentido destaca-se o Código de Processo Civil de Macau, que em seu artigo 8, parágrafo 2, prevê que o magistrado poderá, “em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência” (DIDIER JUNIOR; PEIXOTO, 2015, p. 44).

As decisões surpresas desencadeiam a nulidade do processo em virtude do *error in procedendo* decorrente do cerceamento de defesa. “Evidenciada violação ao devido processo legal e ao princípio da não surpresa, impõe-se seja anulado o processo, a partir do encerramento da instrução” (MALLET, 2014, p. 410).

Cerceia-se o direito de defesa quando as partes não possuem o direito de participar da construção do provimento final, sendo surpreendidas com uma decisão de mérito proferida em desconformidade com o que foi alegado e provado nos autos, pois representa mero reflexo da atividade jurisdicional autocrática e unilateral do julgador. “O direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais do Estado: as partes

têm o direito de confiar que o resultado do processo será alcançado mediante material previamente conhecido e debatido” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 109).

A vedação da decisão surpresa exige do juiz o dever de garantir o debate acerca de todas as questões que integram a demanda judicial, o que inclui, assim, as questões decididas de ofício, proibindo-se decisões solitárias e autocráticas que envolvam fatos ou questões estranhas à dialética processual que envolve as partes.

“A decisão surpresa ou de —terceira via— ocorre sempre que a decisão não decorrer do contraditório entre as partes, mas da vontade subjetiva do juiz” (NUNES, 2004, p. 51). “Logo, não existirá decisão surpresa no processo constitucional democrático, já que as partes influenciarão o pronunciamento do órgão estatal, de forma a verificar se o juiz cumpriu com o seu dever de fundamentar a decisão com argumentos jurídicos” (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 255).

2.1 (Novo) Código de Processo Civil

A legislação processual civil vigente no Brasil trouxe expressamente a proibição da decisão surpresa, como um desdobramento interpretativo e legal do princípio do contraditório. Conforme se depreende dos artigos 9º, *caput* e 10 do Código de Processo Civil³, há uma preocupação em torno da observância do contraditório como corolário lógico de um provimento jurisdicional, permeado por um alto coeficiente de legitimidade democrática e amadurecido pelo debate.

A leitura mais detida dos mencionados dispositivos legais denota a delicada relação entre o princípio do contraditório⁴, em sua atual compreensão e extensão, com a possibilidade da decisão-surpresa, a tal ponto que há quem a considere como espécie de pronunciamento judicial inconciliável com o modelo constitucional de processo. Nesse sentido é a crítica de Cirilo Augusto Vargas, para quem: “Nesse caso, o prolator da decisão surpreende uma ou ambas as partes, pois a

³ A respeito dos aludidos dispositivos legais, preciso o argumento de Dierle Nunes: “[...] a redação do anteprojeto consagrou a concepção dinâmica do Contraditório no seu artigo 10, com a confessada adoção de um modelo comparticipativo ou cooperativo de processo” (2013, p.3)

⁴ A problemática acima não escapou da ingerência normativa nos mais diversos ordenamentos jurídicos, como aponta Roberto Del Claro, no tocante à regra na *Zivilprozeßordnung* alemã segundo a qual “o órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido oportunidade de se manifestar em relação à mesma”. (2009, p. 179)

elas se antecipa e suscita fundamento inédito, comportando-se como um monólogo, em desprezo à dialética como pilar da racionalidade decisória” (2013, p. 24).

Entretanto, a investigação central do presente trabalho diz respeito à decisão surpresa quando da aplicação da teoria da causa madura. Pela aludida teoria, o ordenamento jurídico prevê hipóteses nas quais o tribunal, após anular⁵ a sentença terminativa, tem aptidão para julgar imediatamente o mérito da ação⁶.

A questão que se coloca nesse contexto é o exame da possível (in) compatibilidade da teoria da causa madura com o princípio do contraditório e com a vedação à decisão surpresa. Além da hipótese acima, os outros três incisos do §3º do art. 1.013 NCPC possibilitam ao tribunal o julgamento imediato da ação, no caso de uma sentença de mérito viciada anulada pelo julgamento da apelação. Adiante-se que, conforme apontado em tópico posterior deste trabalho, a aludida previsão legal contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dominante sob a égide do CPC/73⁷.

Ainda em relação à teoria da causa madura, o Código de Processo Civil (art. 1013, §3º) parece alocá-la no regramento da apelação. Porém, sob o argumento de que a regra seria relativa à sistemática recursal, tem sido aplicada ao agravo de instrumento, bem como no recurso inominado nos Juizados Especiais. Antes de adentrar ao exame acerca da aplicabilidade da teoria da causa madura nas demais espécies recursais para além da apelação, bem como de sua compatibilidade com a garantia do contraditório, relevante demonstrar outras regras relativas à decisão surpresa.

2.2 Instrução Normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho

Editada em 2016 pelo Tribunal Superior do Trabalho, a instrução normativa nº 39 (Resolução número 203, de 15 de março de 2016) regula a aplicação das normas do Código de Processo Civil de 2015 ao processo

⁵ A literalidade do dispositivo legal respectivo (art. 1013, §3º, I) traz o termo “reformar”, ao invés de “anular”. Neste tocante, parece tecnicamente mais adequado compreender que a hipótese diz respeito ao caso de anulação de sentença terminativa, seguida da análise acerca do julgamento ou devolução do processo ao juízo primevo.

⁶ Conforme se depreende do art. 1.013, §3º do NCPC. Vale ressaltar que o Código de Processo Civil de 1973 também previa a aplicação da teoria da causa madura, permitindo ao tribunal, em sede recursal, julgar originariamente a causa, mas apenas quando esta versasse sobre questão exclusivamente de direito.

⁷ Informativo 504/STJ, 4.^aTurma, REsp 1.294.166-GO, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.18.09.2012; STJ.

do trabalho, de forma não exaustiva. Na instrução normativa em comento, em seu artigo 4º, há previsão de que as normas do Código de Processo Civil relativas ao princípio do contraditório são aplicáveis ao processo do trabalho, em especial as regras proibitivas da decisão surpresa. Em seguida, traz um conceito (infralegal) de decisão surpresa: “a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes” (BRASIL, Resolução n.203, 2019, p.4).

A concepção adotada pelo legislador brasileiro é que a decisão surpresa decorre da premissa de reconhecer como fundamento (de fato ou de direito) de uma decisão judicial algo que não integra a dialética processual construída e proposta pelos sujeitos do processo. Nota-se que o dispositivo supramencionado atrela o caráter indesejado que se procura evitar numa decisão (a surpresa) à audiência (ciência) prévia da parte.

Consoante defendido na introdução do presente trabalho, descontina-se criticável o acanhamento do alcance dado ao contraditório pelo dispositivo infralegal, pois relega o fator não-surpresa – e o direito ao contraditório que lhe é subjacente – à mera possibilidade de audiência da parte. Uma perspectiva otimizada do princípio do contraditório impõe seu robustecimento, emprestando-lhe um alcance que transcende o mero ouvir da parte, de modo a exigir a garantia de efetiva possibilidade de participação pelas partes em igualdade de condições. Entende-se por efetividade do contraditório no âmbito processual a obrigatoriedade de o magistrado oportunizar o espaço de fala para todos os sujeitos do processo e, em seguida, analisar tais alegações e provas produzidas dentro de uma racionalidade crítica, ficando afastados os argumentos metajurídicos e axiológicos, contrários aos princípios da segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Conforme apresentado anteriormente, o contraditório é um princípio cuja oportunização e efetivação decorrem de uma dialética processual em que os sujeitos do processo possuem iguais condições de ampla argumentação das questões controversas que integram a demanda, devendo tais alegações serem analisadas racionalmente pelo julgador no momento em que a decisão de mérito for proferida.

De nada adianta assegurar o direito de argumentar, se tais argumentações são ignoradas pelo magistrado no momento de decidir. O amplo debate processual somente se justifica quando todo conteúdo debatido é juridicamente analisado no momento em que a decisão de mérito

é proferida. Logo, apesar de válido o esforço em torno da normatização no sentido de se rechaçar a decisão surpresa, poderia a norma ter aproximado o contraditório da ideia de diálogo, com vistas à construção participada do mérito⁸, ao invés de contentar-se com a mera audiência – não raro insuficiente para evitar decisões “surpreendentemente” autocráticas⁹.

2.3 Enunciados da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM

A pesquisa documental é de fundamental importância no estudo crítico-comparativo do tema problema apresentado ao debate, qual seja, o debate da observância do princípio do contraditório no contexto das cognominadas decisões surpresas decorrentes da aplicabilidade da teoria da causa madura. Nesse contexto propositivo, o teor dos enunciados da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados parece conduzir à solução tendente a amenizar a extensão do contraditório. A começar pelo enunciado nº 2¹⁰, que traz regra segundo a qual uma decisão que invoque princípio, quando a regra jurídica aplicada (já debatida no curso do processo) for emanção daquele princípio, não configura afronta ao contraditório. Da mesma forma, o enunciado nº 3 que prevê a desnecessidade de oitiva das partes quando a manifestação não tiver o condão de influenciar na solução da causa (BRASIL. Enunciados Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2019, p.1).

Os enunciados supramencionados evidenciam a interpretação e aplicação restritiva do princípio do contraditório, contrariando a sistemática trazida pela constitucionalidade democrática, que é clara ao prever a indispensabilidade de oitiva das partes como critério para a construção de uma dialética processual que privilegie a igualdade de debate conferida às partes, coautoras do provimento final.

⁸ Tema que é amplamente tratado pelo autor (Fabrício Veiga Costa), em sua tese de doutorado: A formação participada do mérito processual nas ações coletivas; bem como na obra de sua autoria, “Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas”.

⁹ Ressalta-se que não se considera decisão surpresa: (...) “a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário” (BRASIL, Resolução n.203, 2019, p.4).

¹⁰ toooooooooopEnunciado nº2 da ENFAM: “Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio”(BRASIL. Enunciados Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2019, p.1).

Analisando-se os verbetes acima, nota-se uma criticável abertura a decisões potencialmente autocráticas, pois relega ao exclusivo arbítrio do julgador o deferimento do contraditório às partes, com fundamento em argumentos pouco sustentáveis. É dizer, ao condicionar a oitiva das partes a critério impreciso (somente no caso de manifestação que tiver o “condão de influenciar na solução da causa”), que se verifica um afastamento do modelo constitucional de processo em tributo a possíveis protagonismos do julgador.

Os enunciados da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados, acima mencionados, denotam claramente a adoção do modelo de processo e jurisdição construído em bases autocráticas, já que prioriza o protagonismo e a discricionariedade judicial como referenciais lógicos à implementação do princípio do contraditório.

A vontade do julgador não é a fonte exclusiva de onde emana os critérios metajurídicos para a concretização do princípio do contraditório. “O drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma juízes em legisladores”, já que “esse poder discricionário propicia a criação do próprio objeto de conhecimento, típica manifestação do positivismo” (STRECK, 2012, p. 93). Nessa perspectiva teórica, “combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático [...] são algumas das várias fases do subjetivismo – quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída” (STRECK, 2012, p. 110).

Considerando-se que o modelo constitucional de processo se estrutura em critérios racionais que regem a dialética processual, conclui-se que o contraditório é condição de validade das decisões judiciais e que, por isso, as partes precisam ter iguais condições de debate e argumentação de todas as questões que integram o mérito da pretensão deduzida. Negar ou restringir esse debate processual às partes, que deve ser construído a partir do direito à igualdade, constitui um meio de restringir o espaço de uma dialética processual, considerada requisito para a legitimidade democrática do provimento final.

Também digno de nota os enunciados nº 04, pelo qual na declaração de incompetência absoluta seria dispensável a manifestação das partes. Mais uma vez o enunciado descortina-se insensível à importância que merece o princípio do contraditório (BRASIL. Enunciados Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2019, p.1). Como é cediço, uma decisão pela qual se declara a incompetência material ou funcional não deveria escapar à regra de se franquear às partes prévia

manifestação. Essa é mais uma das diversas hipóteses que privilegiam a atuação de ofício do magistrado, conferindo-lhe amplos poderes para agir de acordo com suas convicções e concepções unilaterais.

Não se pretende aqui se opor à atuação de ofício do julgador. Pelo contrário, o que se busca demonstrar é que no âmbito da constitucionalidade democrática toda decisão que cause efeitos na esfera patrimonial das partes envolvidas no litígio devem ser legitimadas democraticamente pelo princípio do contraditório, que garante aos sujeitos do processo o direito de serem coautores do provimento final, mediante a oportunidade de resistir a uma decisão de mérito a qual não foi conferida a possibilidade de construção participada a partir dos critérios regentes trazidos pelo modelo constitucional de processo.

Por fim, o enunciado nº 06 dispõe que não constitui decisão surpresa a lastreada em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que fundados em provas submetidas ao contraditório (BRASIL. Enunciados Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. 2019, p.1). No referido enunciado fica clara a intenção dos julgadores interpretarem restritivamente o conceito de decisão surpresa. Considera-se decisão surpresa aquela proferida quando o julgador se utiliza de alguma questão fática que não foi anteriormente debatida entre as partes.

Nessa perspectiva, fica afastado do conceito de decisão surpresa o entendimento no qual o magistrado se utiliza de fundamentos jurídicos diversos daqueles apresentados pelas partes. Ou seja, o respectivo enunciado deixa claro que o magistrado possui amplos poderes de decidir, podendo ignorar os fundamentos jurídicos trazidos pelas partes e livremente decidir com base em outros fundamentos jurídicos por ele considerados válidos para o caso concreto.

Essa liberdade conferida pelo enunciado dispensa o magistrado de oportunizar o contraditório, pois a ideia que se tem de contraditório se limita à dialeticidade da matéria fática, já que o julgador possui amplos e irrestritos poderes de decidir a lide, não se vinculando aos fundamentos jurídico-legais apresentados pelas partes. Isso fortalece a jurisdição autocrática, o protagonismo e a discricionariedade judicial, contrariando-se o modelo constitucional de processo, para o qual o contraditório é um princípio que deve ser interpretado e aplicado de forma ampla e sistemática, o que inclui o direito igual conferido às partes de ampla dialeticidade processual das questões de fato e de direito que integram a demanda.

Mesmo diante desses apontamentos críticos, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao rejeitar embargos de declaração em que se alegava ofensa ao princípio do contraditório, por decisão com fundamentação legal diferente daquelas apresentadas pelas partes, deixa claro que não constitui ofensa ao contraditório decisão na qual o magistrado se utiliza de fundamento jurídico distinto daquele debatido e apresentado pelas partes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA. AUSÊNCIA DE OFENSA. EFEITOS MODIFICATIVOS. USO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS PARA CONFORMAÇÃO A JULGAMENTO EM REPETITIVO. APLICAÇÃO RESTRITIVA. 1. Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso. 2. O "fundamento" ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é o fundamento jurídico - circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação - não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*. (EDcl no REsp. Nº1.280.825 - RJ (2011/0190397-7) Rel. Min. Isabel Galloti. j 27 de jun 2017)

O julgado acima mencionado deixa claro que o julgador tem ampla liberdade para escolher o fundamento legal que decidirá a lide, mesmo que tal fundamento não tenha sido suscitado preliminarmente pelas partes. Presume-se a legitimidade pressuposta do magistrado em escolher outro argumento jurídico-legal que não tenha sido proposto e debatido pelas partes. Trata-se de um modelo de jurisdição autocrática no qual a atividade de decidir pertence exclusivamente ao julgador, que em razão disso, o mesmo não se vê obrigado a promover o debate processual dos fundamentos legais da decisão previamente ao julgamento da lide.

A concepção de decisão surpresa adotada pelo judiciário brasileiro limita-se a premissa de que o magistrado não pode se utilizar de novos fundamentos de fato para decidir a lide, quando tais fatos não tenham

sido previamente debatidos no processo. Em contrapartida, reconhece-se o direito de o julgador se utilizar de outros fundamentos jurídico-legais, mesmo que não tenham sido previamente discutidos pelas partes no âmbito processual.

Nesse sentido, a partir do enunciado 06 e do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, acima expostos, fica claro que o entendimento prevalente no Judiciário brasileiro é de adoção de um modelo de processo autocrático, centrado na autoridade do julgador, que possui amplos poderes de decidir e interpretar o caso concreto de acordo com seu senso de justiça. Em razão disso, naturaliza-se a premissa na qual o julgador não tem o dever de se vincular aos fundamentos jurídicos levantados pelas partes, já que a leitura que os julgadores fazem sobre o princípio do contraditório é restritiva, limitando-se à matéria fática e não se vinculando à matéria de direito.

Quer dizer que o julgador tem ampla liberdade de escolher o direito que aplicará ao caso concreto e a forma como o mesmo será interpretado, visto que sua vinculação se restringe aos fatos alegados. Tal entendimento permite que o julgador refute ou ignore os argumentos jurídicos apresentados pelas partes e opte por aquela fundamentação por ele considerada mais adequada ao caso concreto. Dessa forma, constrói-se um entendimento restritivo e assistemático sobre o princípio do contraditório. Ou seja, sob a ótica exposta o contraditório é um princípio que se limita ao direito de os sujeitos do processo debaterem matéria fática, já que a matéria de direito é uma prerrogativa exclusiva decorrente da jurisdição autocrática exercida solitariamente pelo julgador.

Repisando os argumentos da ementa acima transcrita, a quarta turma firmou o entendimento de que o princípio da vedação à decisão surpresa não compreenderia a necessidade de o julgador informar às partes os fundamentos lastreados em dispositivos legais utilizados para decidir.

Ocorre que a própria exposição de motivos no Código de Processo Civil é clara ao trazer diretriz segundo a qual todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupadados de surpresas. Ainda que se trate de fundamento legal que ostentaria “presunção *jure et de jure*” de conhecimento geral, não raro se deparam os profissionais do direito com normas polissêmicas, de tal sorte que o espaço interpretativo que lhes é subjacente torna recomendável que não seja sonegado o contraditório às partes destinatárias do provimento.

3 O RECURSO COMO DESDOBRAMENTO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O estudo do sistema recursal cível e sua principiologia regente é de fundamental importância para a investigação do objeto da pesquisa. O duplo grau de jurisdição é um princípio “constitucional implícito, já que não está expressamente previsto no texto da Constituição brasileira de 1988 um dispositivo específico que preveja o referido princípio”, pois “sua formulação jurídica decorre da interpretação extensiva e sistemática das normas constitucionais que disciplinam a organização do Poder Judiciário, estruturando-o em órgãos de primeira e segunda instância (grau de jurisdição)” (COSTA, 2019, p. 145-146).

Nesse cenário, é importante esclarecer que o respectivo princípio se efetiva “na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 77). “A prevalência do princípio do duplo grau de jurisdição assenta-se na necessidade de controle dos atos judiciais, evitando que uma injustiça ou uma ilegalidade prevaleça em vista da ausência de recurso adequado para combate-la” (MONTENEGRO FILHO, 2011, p. 20).

A estrutura hierarquizada do Poder Judiciário na Constituição denota a existência do duplo grau de jurisdição, proporcionando ao jurisdicionado a possibilidade de revisão do ato decisório por órgão distinto, conforme explica Calmon de Passos:

os recursos, como consectários do princípio do devido processo, constituem mecanismos para a defesa de direitos, além de representarem condições discursivas e, por isso mesmo, não poderem ceder aos argumentos utilitários sem prejuízo do princípio democrático. (1977, p.13)

Ressalta-se que parte da doutrina critica veementemente o duplo grau, como Orestes Laspro, para quem o duplo grau tal como sistematizado implica um desprestígio da primeira instância, reduzindo-a “apenas à presidência da atividade instrutória” (1995, p.115). Não obstante o peso das ponderações acima, é cediço que a possibilidade de revisão de ato decisório por órgão distinto revela-se mecanismo essencial ao combate a um indesejável exclusivismo do julgador em detrimento do jurisdicionado. Ou seja, esses breves apontamentos teóricos acerca do princípio do duplo grau de jurisdição são de significativa importância para o entendimento

da teoria da causa madura no contexto da decisão surpresa, que envolve o estudo crítico do princípio do contraditório.

A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição decorre de critérios jurídicos que legitimam a interpretação sistemática do texto da constituição brasileira de 1988. Dessa forma, torna-se importante ressaltar a finalidade de tal princípio no contexto da processualidade democrática. Sua aplicabilidade legitima o direito de as partes suscitarem a reforma ou nulidade da decisão judicial, fundada na existência e comprovação de *error in procedendo* ou *error in judicando*.

A ofensa do princípio do contraditório, decorrente da aplicabilidade unilateral da teoria da causa madura, constitui uma das hipóteses ensejadoras do *error in procedendo*, haja vista a existência de decisão surpresa que restringiu o espaço processual de debate das questões de fato e de direito que integram o mérito da demanda. Negar o reconhecimento da ofensa do princípio do contraditório nessa perspectiva apresentada é o mesmo que legitimar um modelo autocrático de jurisdição que enaltece o protagonismo judicial, decorrente da pressuposição lógica de que o julgador é o detentor de poderes de decidir livremente os fundamentos jurídico-legais da decisão, independentemente da construção de uma via dialógica com as partes que integram a demanda.

4 TEORIA DA CAUSA MADURA: ENTENDIMENTO ANTERIOR, ATUAL E ANÁLISE CRÍTICA

A teoria da causa madura tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro e possibilita ao juízo *ad quem* anular decisão judicial que não decidiu o mérito da demanda para, em seguida, promover o julgamento do mérito da lide, nas hipóteses nas quais se verifica a comprovação dos fatos alegados em juízo. Tal teoria se funda essencialmente nos princípios da celeridade processual, duração razoável do processo, economia e efetividade processual, haja vista que confere às partes do processo o direito a um provimento de mérito logo após o reconhecimento da nulidade judicial de uma sentença terminativa.

A interpretação literal do Código de Processo Civil prevê a aplicabilidade da teoria da causa madura apenas ao recurso de apelação. A aplicabilidade genuína da referida teoria se dá quando se tem uma sentença terminativa objeto de recurso de apelação, o apelante busca a nulidade da respectiva sentença, mas, no julgamento do mérito do recurso proposto

o juízo *ad quem* (tribunal) verifica que todas as provas necessárias ao julgamento do mérito da pretensão já foram produzidas, estando a demanda pronta (madura) para ser julgada.

“O artigo 1013, parágrafo 3., CPC, autoriza que o tribunal julgue desde logo a causa – ainda que a partir de matéria não apreciada em primeiro grau – desde que as partes não tenham nada mais alegar ou provar” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 944). Ou seja, “causa madura é aquela cujo processo já se encontra com todas as alegações necessárias feitas e todas as provas admissíveis colhidas” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 944).

A problemática proposta ao debate e investigação no presente artigo científico reside no fato de compreender a obrigatoriedade ou não da observância do princípio do contraditório antes de aplicar a teoria da causa madura, como forma de evitar decisões surpresas. Entende-se que, nos termos dispostos nos artigos 9 e 10 do atual Código de Processo Civil, a oportunização do contraditório é condição indispensável à garantia da legitimidade democrática e a constitucionalidade do provimento final.

Havendo interesse do tribunal aplicar a teoria da causa madura, deve-se intimar as partes para que as mesmas possam se manifestar previamente ao julgamento do mérito, como meio de evitar a supressão de instância, assegurar efetivamente o contraditório, além de evitar possível alegação posterior de usurpação de competência.

Importante ressaltar que a sistematização jurídica da teoria da causa madura funda-se nos princípios da economia processual, celeridade processual, duração razoável do processo e efetividade processual. O legislador pretendeu conferir ao jurisdicionado uma resposta mais célere para sua pretensão, nos casos em que o recurso de apelação objetiva anular sentença terminativa mas, na análise da pretensão recursal o tribunal constata que a demanda inicialmente apresentada ao Judiciário encontra-se pronta para ser julgada, já que todas as provas necessárias ao julgamento do mérito foram anteriormente produzidas pelas partes.

Diante dessa situação específica o legislador infraconstitucional admitiu que o mérito da demanda fosse julgado em grau recursal, mesmo sabendo-se que a competência originária seria do juízo *a quo*. A problemática levantada na presente pesquisa refere-se ao seguinte: os artigos 9 e 10 do atual Código de Processo Civil estabelecem que o magistrado (tribunal) não poderá decidir a lide e aplicar de ofício a teoria

da causa madura sem antes oportunizar às partes interessadas o direito de se manifestarem em juízo.

Tal previsão legal existe para evitar que os sujeitos do processo sejam surpreendidos com decisões autocraticamente proferidas pelo Judiciário e contrária aos seus interesses. Ademais, a aplicabilidade da teoria da causa madura retira a possibilidade de as partes produzirem outras provas para a comprovação dos fatos alegados, limitando-se o espectro do princípio do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento anterior¹¹, firmando a tese da aplicabilidade da teoria da causa madura às espécies recursais em geral (entre elas o agravo de instrumento) e não mais apenas na literalidade do art. 1.013, §3º, I, do NCPC, que destina a aludida teoria à apelação. O posicionamento anterior, inadmitindo aplicação a outros recursos, sustentava-se no argumento de que a adoção da teoria da causa madura somente teria lugar na hipótese literalmente prevista, sob pena de violar a previsibilidade pelas partes acerca da possibilidade de decisão imediata pelo tribunal em outras situações. Logo, era dominante o entendimento de que a extensão da teoria da causa madura a outras espécies recursais implicaria indesejável risco de decisão surpresa.

Rompendo com o entendimento anterior, prevaleceu o argumento de que dispositivo permissivo à aplicação da teoria da causa madura estaria topograficamente inserido no regramento dos recursos em geral, aplicável, destarte, a outras espécies recursais. Além disso o STJ¹² fundamentou-se no argumento de que “o duplo grau de jurisdição seria princípio e não garantia, pelo que poderá ser flexibilizado em determinadas situações, tal como a presente” (REsp 1.215.368/ES). (BRASIL, 2016, p.11).

No contexto propositivo ora apresentado, verifica-se que se tem uma nova interpretação vigente acerca da aplicabilidade da teoria da causa madura, não mais se limitando ao julgamento do recurso de apelação. Dessa forma, torna-se legítima a aplicabilidade da referida teoria no julgamento de outros recursos, como é o caso do agravo de instrumento, desde que observados os requisitos legais previamente existentes.

Outro argumento levantado na paradigmática decisão em comento foi o de que seria a teoria da causa madura técnica apta a proporcionar

¹¹ Entendimento consolidado no REsp 1.150.812-ES (DJe 16/12/2009), bem como no REsp 530.053-PR (Segunda Turma, DJ 16/11/2004) e REsp 445.470-DF (Segunda Turma, DJ 1º/9/2003).

¹² Informativo 590. STJ (REsp 1.215.368- ES, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1/6/2016, DJe 19/9/2016).

celeridade processual. Tal argumento, saliente-se, somente tem lugar caso não estigmatize indevidamente o contraditório em toda sua extensão, sem ceder a uma proposta excessivamente pragmática e pouco sustentável. A busca pela celeridade processual não pode ocorrer de modo a legitimar juridicamente a sumarização da *cognitio*.

Nesse sentido, critica-se a dogmatização do processo célere, haja vista que a decisão judicial que atenda aos ditames do tempo cronológico não pode vir na contramão dos princípios constitucionais do processo. O espaço processual de amplo debate da pretensão e produção de provas não pode ser reduzido de modo a buscar uma decisão mais rápida. O judiciário não pode suprimir o contraditório, ampla defesa, devido processo legal e isonomia processual sob a justificativa de oferecer ao jurisdicionado uma decisão menos morosa. Tal crítica se justifica em razão do fato de que a observância efetiva dos respectivos princípios se justifica especialmente em razão da sua indispensabilidade para conferir ao provimento final de mérito a legitimidade democrática advinda de sua construção discursiva.

O argumento trazido pelo Superior Tribunal de Justiça levou em consideração o fato de ser admissível o exame do mérito da causa com base em recursos oriundos de “interlocutórias sobre aspectos antecipatórios ou instrutórios”¹³.

Logo, se a teoria da causa madura teria lugar “em casos de agravos de decisões interlocutórias que nem sequer tangenciaram o mérito”¹⁴, resultando no julgamento final da pretensão da parte, seria possível supor não haver óbice à sua aplicação para a solução de uma questão efetivamente interlocutória (desde que sem prejuízo à parte). É importante ressaltar que a aplicabilidade da teoria da causa madura, seja no âmbito do recurso de apelação ou no contexto do agravo de instrumento, somente será legitimamente democrática se observado previamente os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, de modo a evitar decisões surpresas e retirar das partes o direito de serem coautoras do provimento final de mérito.

4.1 Efeito devolutivo e translativo

A compreensão teórica dos efeitos devolutivo e translativo é de significativa importância para o debate crítico do objeto da presente

¹³ Consoante transcrito na ementa do supramencionado REsp. 1.215.368- ES.

¹⁴ Argumento levantado pelo Min. Relator Herman Benjamin no julgamento do REsp. 1.215.368- ES.

pesquisa. Aproximando a questão do efeito devolutivo e translativo dos recursos à problemática do contraditório e da decisão surpresa na aplicação da teoria da causa madura, conveniente algumas observações.

O efeito devolutivo, conforme defende Bernardo Pimentel Souza, “limita o efeito translativo, que é seu aspecto o vertical: o tribunal poderá apreciar todas as questões que se relacionarem àquilo que foi impugnado – e somente àquilo” (2004, p.318).

A normativa geral que regulamenta o sistema recursal brasileiro prevê que o juízo *ad quem* somente terá legitimidade de reexaminar aquelas questões expressamente alegadas e devolvidas para nova análise. Esse é o fundamento central regente do efeito devolutivo, qual seja, devolver para o judiciário a decisão judicial recorrida, objetivando sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração. Por meio da interpretação e aplicabilidade do efeito devolutivo tem-se a limitação quanto à aplicação do efeito translativo, já que legitima o juízo *ad quem* a apreciar de ofício matéria de ordem pública não suscitada no recurso proposto, desde que observado o princípio do contraditório. Desse modo, “o efeito devolutivo e o efeito translativo compõem a cognição recursal no plano horizontal – vale dizer, no que tange às questões que podem ser conhecidas pelo tribunal” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 926).

A relação das implicações dos efeitos recursais, com questão em torno da decisão surpresa, levanta algumas reflexões, dentre elas a questão da necessidade de requerimento expresso pela parte, para que seja aplicado o art. 1013, §3º do CPC. É dizer, para que o tribunal dê provimento à apelação e aprecie *incontinenti* o mérito, parece defensável a exigência de pedido pela parte, porque senão haverá decisão *extra petita* (case adentre o tribunal o exame do mérito, não obstante pedido expresso do apelante para que retornem os autos ao juízo *a quo*). Significa dizer que, a partir das determinações trazidas pelo efeito devolutivo, a análise do mérito da pretensão recursal se limita ao conteúdo devolvido e alegado pelo recorrente em suas razões recursais.

A permissão para que o tribunal julgue matéria não suscitada pelo recorrente limita-se às questões de ordem pública, que mesmo assim exige a oportunização prévia do contraditório. Admitir a possibilidade de o tribunal julgar o mérito da demanda, quando não requerido nas razões recursais, reforça a tese de que o modelo de processo e jurisdição adotados no Brasil é autocrático, fundado na ampla liberdade que o julgador tem de conduzir o debate do mérito de acordo com suas convicções.

Problematizar o debate do efeito devolutivo e translativo no contexto da presente pesquisa é relevante para demonstrar como se encontra viva na legislação processual brasileira a discricionariedade judicial. A própria legislação vigente autoriza o magistrado (tribunal) a apreciar de ofício matéria de mérito não suscitada nas razões recursais, justificando essa postura a partir da teoria da causa madura.

Tal possibilidade contraria a lógica trazida pelo efeito devolutivo, que regulamenta o sistema recursal no sentido de conferir ao recorrente o direito de definir o que será reexaminado e revisto por meio do recurso proposto. Ademais, ressalta-se que a referida teoria robustece a tese de fortalecimento de uma jurisdição autocrática, que fundamenta sua atuação no dogma de uma celeridade processual que se constrói em desconformidade com os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, institucionalizando a possibilidade de decisões surpresas no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 Indeferimento da inicial e a (des)necessidade de requerimento

O debate sistemático da aplicabilidade da teoria da causa madura exige a análise de algumas situações específicas que desencadeiam a extinção do processo sem resolução do mérito em primeiro grau de jurisdição. Uma situação que merece análise específica é a hipótese de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 330 do CPC. Poderá o magistrado em primeiro grau de jurisdição indeferir a petição inicial quando a mesma for confeccionada em desconformidade com o que estabelece a legislação processual brasileira vigente. A consequência processual nesses casos é a sentença terminativa.

Sempre que ocorrer tal situação poderá o demandante propor o recurso de apelação, momento em que requererá a nulidade da sentença, justificando e demonstrando a inexistência das hipóteses ensejadoras da inépcia para, assim, exercer o direito de acesso à justiça.

Havendo provimento do recurso de apelação, com a consequente declaração de nulidade da sentença terminativa, deverá os autos retornar para o primeiro grau de jurisdição, de modo a viabilizar o contraditório ao demandado, além da possibilidade igual conferida as partes de produzirem provas e apresentarem suas alegações fáticas e jurídicas pertinentes o objeto da lide. Por isso, em tal panorama não haveria sentido aplicar a

regra segundo a qual o tribunal julgará desde logo o mérito, ante a falta do pressuposto relativo à condição de imediato julgamento.

Admitir a aplicabilidade da teoria da causa madura no presente caso é o mesmo que reconhecer o cerceamento de defesa, a supressão de instância, ofensa ao princípio da isonomia processual. As partes serão tolhidas quanto ao direito de produzir provas e debater os pontos controversos da demanda, haja vista que tal possibilidade se torna viável se os autos retornarem para primeira instância.

Uma vez anulada a sentença por erro do juiz em extinguir o processo sem a resolução do mérito, caso haja outro ato a ser praticado previamente à nova decisão, não há que se falar em imediato julgamento pelo tribunal. Repise-se, portanto, que é inaplicável a regra do art. 1013, §3º aos casos de indeferimento da petição inicial por inépcia, por exemplo, pela própria lógica decorrente da exigência de condições mínimas para o imediato julgamento da causa, pois se isso vier a se efetivar haverá a indevida supressão de instância, com a consequente violação dos princípios constitucionais do processo (contraditório, ampla defesa e devido processo legal).

4.3 Recurso ordinário constitucional e mandado de segurança

O rol das hipóteses que admitem a aplicabilidade da teoria da causa madura não é restritivo, pois não se limita ao recurso de apelação. Atualmente discute-se e admite que a referida teoria seja aplicada em outras hipóteses para além daqueles descritas pelo legislador brasileiro, que inclui, por exemplo, os recursos de apelação, agravo de instrumento, ordinário constitucional, a seguir exposto. Seguindo a guinada no entendimento jurisprudencial, no sentido de se ampliar a aplicação da teoria da causa madura para outras espécies recursais além da apelação, o Novo Código de Processo Civil também estabeleceu sua aplicabilidade para o Recurso Ordinário (art. 1027, §2º).

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ao julgar um recurso ordinário decorrente de decisão denegatória em sede de mandado de segurança (art. 1.027, II, a), do CPC), estaria – em tese – autorizado a julgar imediatamente o mérito da demanda, desde que seja demonstrado que a causa esteja pronta para ser decidida, uma vez se tratar de matéria exclusivamente de direito, cuja pressuposição é que todas as provas já

foram previamente produzidas pelo autor da ação. Interessante observar que sob a égide do CPC de 1973, como bem aponta Fredie Didier,

O STF e o STJ entendiam que tal regra (que estava no §3º do art. 515 daquele diploma) não se aplicava ao recurso ordinário em mandado de segurança. O mencionado §2º do art. 1.027 do NCPC determina a aplicação da regra ao recurso ordinário constitucional. E o faz concretizando os princípios da duração razoável do processo e da primazia do exame do mérito. (2016, p.295)

A principal justificativa utilizada como parâmetro para explicar a aplicabilidade da teoria da causa madura no âmbito do recurso ordinário constitucional decorre do fato de a demanda originariamente apresentada ao judiciário versar sobre matéria exclusivamente de direito. Tal premissa não deve ser a única a ser analisada, levando-se em consideração a processualidade democrática.

Admitir a aplicabilidade da respectiva teoria no julgamento do recurso ordinário constitucional somente se torna viável se antes do julgamento do mérito os julgadores as partes do processo forem intimadas, conferindo-lhes oportunidade de argumentação e produção de provas. Tal determinação é essencial para evitar a decisão surpresa, além de prevenir o cerceamento de defesa, uma vez que às partes interessadas deve ser assegurado o direito de participarem direta e isonomicamente da formação do mérito, de modo a não serem surpreendidas com uma decisão que contrarie seus argumentos e provas por elas produzidas.

De toda forma, ainda que se faça uma concessão em prol do princípio da razoável duração do processo, pela aplicação da teoria da causa madura, é fundamental que não se instaure postura indiferente à necessária construção participada do provimento judicial. É dizer, o provimento final deve ser permeado pela garantia do contraditório, aqui entendido sob uma perspectiva de um modelo democrático de processo, não contentando tal princípio com o mero binômio informação-reação, nem com a sumarização excessiva da cognição em detrimento das possibilidades discursivas das partes. A própria efetividade do processo pressupõe a sustentabilidade dos argumentos sobre os quais o provimento jurisdicional está amparado. Uma decisão – seja qual for a espécie recursal sobre a qual irá incidir – terá sua legitimidade atrelada ao coeficiente de legitimidade democrática, atributo mensurado pela efetiva possibilidade de participação pelos seus

destinatários, num ambiente procedural propulsor das suas virtudes cívicas sob viés discursivamente sustentável.

CONCLUSÃO

A aplicabilidade da teoria da causa madura fortalece o protagonismo judicial, inviabiliza a formação participada do mérito processual, ocasiona o cerceamento de defesa e, consequentemente, compromete a legitimidade democrática do provimento final de mérito. Tal afirmação se justifica inicialmente porque o contraditório, visto como princípio constitucional regente da processualidade democrática é fundamento de validade e legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Por meio da implementação do referido princípio, os sujeitos do processo terão a oportunidade de dialogicamente apresentarem suas alegações e produzirem as provas necessárias para a análise racional das questões de fato e de direito que permeiam o mérito da lide.

Nesse sentido, permitir que o tribunal atue de ofício no julgamento do mérito da pretensão recursal, mesmo quando o objetivo do recorrente é anular/invalidar sentença ou decisão terminativa, constitui ofensa aos dispositivos legais previstos nos artigos 9 e 10 do atual Código de Processo Civil, caracteriza o que se denomina decisão surpresa, além de acarretar a supressão de instância, a usurpação de competência, o cerceamento de defesa e a limitação do princípio do duplo grau de jurisdição.

Há o fortalecimento da jurisdição autocrática, da discricionariedade judicial, a dogmatização e o fetiche da celeridade processual, cuja consequência decorrente é a sumarização da *cognitio*, marcada pela restrição do espaço processual de debate das questões controversas que integram a pretensão deduzida, em absoluto prejuízo para as partes, que serão impossibilitadas de serem ouvidas, perderão o espaço amplo de fala e terão que se submeter a um julgamento de mérito por elas não requerido.

Mesmo diante de todo esse cenário propositivo, análises críticas construídas e apresentadas, verifica-se que os Enunciados da Escola Nacional de Aperfeiçoamento de Magistrados evidenciam o próprio entendimento adotado pelo judiciário brasileiro, que se funda na máxima da celeridade processual, em detrimento do cerceamento de defesa. Pensar e construir o processo civil sob a égide da lógica proposta pelo tempo cronológico é uma forma de legitimar juridicamente a ofensa aos princípios constitucionais do processo.

Reconhecer a aplicabilidade da teoria da causa madura no julgamento do recurso de apelação é retirar da parte sucumbente o direito de apelar, em clara ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. Se ao invés disso o tribunal anulasse a sentença terminativa objeto do recurso de apelação, remetendo os autos para julgamento em primeira instância, tornar-se-ia viável à parte sucumbente o direito de apelar e buscar o reexame do conteúdo decisório proferido em seu desfavor.

Contrariando todos esses apontamentos críticos ora apresentados, o Superior Tribunal de Justiça elasteceu as possibilidades de aplicação da teoria da causa madura, reconhecendo ser viável sua utilização no recurso de apelação, agravo de instrumento e recurso ordinário constitucional. Tal premissa deixa ainda mais claro que o papel do judiciário é robustecer o fetiche da celeridade processual, pretendendo oferecer ao jurisdicionado uma resposta rápida e que atenda aos anseios da ditadura do tempo cronológico, mesmo que para isso haja o comprometimento do direito da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e isonomia processual.

Dessa forma, verifica, ainda, a violação do efeito devolutivo, que estabelece como regra geral do sistema recursal cível brasileiro a legitimidade do juízo *ad quem* decidir apenas o que foi devolvido e alegado pela parte recorrente. Somente em hipóteses excepcionais o tribunal poderá agir de ofício, implementando o efeito translativo, que autoriza do órgão julgador a decidir de ofício matéria de ordem pública, desde que assegure previamente o contraditório, como meio de evitar a decisão surpresa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **O Poder Judiciário e o Novo CPC.** <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019

BRASIL. **Resolução nº 203, de 15 de março de 2016.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 04 mar. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça:** informativo de jurisprudência nº 590 - 2016 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%70590%27>. Acesso em 06 mar. 2019.

BRASIL. Enunciados Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. 12 set 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 mar. 2019.

CALMON DE PASSOS, J.J., Da argüição de relevância no recurso extraordinário. RF, n. 259, Rio de Janeiro, 1977.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Fabrício Veiga Costa. Liquez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Fabrício Veiga. Princípios Regentes do Processo Civil no Estado Democrático de Direito - Ensaios de uma Teoria Geral do Processo Civil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. PROCESSO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

DEL CLARO, Roberto. Direção Material do Processo. Tese de Doutoramento da USP, 2009, Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-163744/pt-br.php>. Acesso em: 10 mar. 2019.

DEMO, Pedro. Introdução à metodologia da ciência. 2. ed. São Paulo: Atlas 1985.

DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Comparativo com o Código de 1973. Salvador: JusPodivm, 2015.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná (coord.). **Direito processual: reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010. p.184.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.

FERREIRA, Juliana Maria Matos. **Teoria do Processo Coletivo no Modelo Participativo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v.5, n.5, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23088/16444>. Acesso em: 20 abr. 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

GRESTA, Roberta Maia. **INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MACAU. **Código de Processo Civil**. Disponível em <https://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocivpt/codprociv0001.asp#t1a1>. Acesso em: 11 dez. 2019.

MALLET, Estévão. Notas sobre o problema da chamada decisão surpresa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.109, p. 389-414, jan.-dez. 2014. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89239/Rev_2014_12. Acesso em: 20 abr. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 388.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral dos Recursos, Recursos em Espécie e Processo de Execução.** 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Novo CPC Consagra concepção dinâmica do contraditório.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>. Acesso em: 12 mar. 2019.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG** v.1., série participativa, p. 39-55. Belo Horizonte, jan-jun/2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **INTRODUÇÃO aos recursos cíveis e à ação rescisória.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Prefácio ao SANTOS, Marina França. **A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 15.

VARGAS, Cirilo Augusto. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, n. 11, p. 24, ano 6, Belo Horizonte: Fórum, jan.-jun. 2013.

PENSADORAS DO ILUMINISMO BRITÂNICO

WOMEN THINKERS FROM THE BRITISH ENLIGHTENMENT

Denis Leite Rodrigues*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Margaret Cavendish (1624-1674). 2 Mary Astell (1666-1731). 3 Catharine Macaulay (1731-1791). 4 Mary Wollstonecraft (1759-1797). 5 Mary Somerville (1780-1872). 6 Mary Ann Evans (George Eliot) (1819-1880). 7 Constance Naden (1858-1889). Conclusões. Referências.

RESUMO: O presente artigo se propõe a ser uma compilação concernente às trajetórias de vida e às obras destacadas de pensadoras, em diversos campos do conhecimento e das artes, que colaboraram com a criação intelectual e científica envolvida no que ficou conhecido como Iluminismo Britânico. As citações e informações apresentadas nesta análise sobre os respectivos pensamentos foram obtidas a partir de obras publicadas pelas supracitadas autoras, envolvendo um período histórico que vai do século XVII ao século XIX; e os breves dados biográficos, provenientes de autores diversos. Desta análise, foi obtida uma noção do quanto de brilhantismo, perspicácia, sapiência e erudição tais pensadoras emprestaram às suas criações intelectuais. Mas, além disso, e isso deve se destacar, todas elas, cada uma do seu modo, estavam conscientes da injustiça do tratamento que o mundo ao redor reservava muitas vezes a si próprias, mas igualmente às mulheres em geral. E, através de sua genialidade e sabedoria, elas colaboraram e muito com o processo de quebra do inaceitável paradigma da não equiparação entre os gêneros da raça humana.

Palavras-chave: pensadoras. iluminismo. Grã-Bretanha. história. filosofia.

ABSTRACT: This article intends to be a compilation concerning life trajectories and outstanding works of women thinkers in various fields of knowledge and the arts, which collaborated with the intellectual and scientific creation involved in what became known as British Enlightenment. The quotations and information presented in this analysis about their thoughts were obtained from works published by the above authors, involving a historical period that goes from the seventeenth to the nineteenth century; and the brief biographical data from various authors. From this analysis, we get a sense of how much brilliance, insight, wisdom, and erudition such women thinkers have lent to their intellectual creations. But beyond that, and it should be noted, all of them, each in their own way, were aware of the unfairness of the treatment the world around often reserved for themselves, but equally for women in general. And through their genius and wisdom, they have collaborated greatly with the process of breaking the unacceptable paradigm of non-equality between the genders of the human race.

Keywords: thinkers. enlightenment. Great-Britain. history. philosophy.

* Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas - ICJ, da Universidade Federal do Pará - UFPA. Autor do livro "Bens imóveis do patrimônio histórico-cultural de Belém e de Buenos Aires", publicado em 2018 pela editora Paka-Tatu, de Belém/PA.

Artigo recebido em 08/08/2019 e aceito em 04/10/2019.

Como citar: RODRIGUES, Denis Leite. Pensadoras do iluminismo britânico. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 185-210. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Respondendo a um questionamento de um jornal de Berlin, Immanuel Kant teceu algumas palavras sobre o momento histórico que permeia esta análise. Disse ele: “O que é o iluminismo? É a elevação do ser humano de sua auto-imposta imaturidade. Imaturidade seria a inabilidade de usar o próprio entendimento sem a orientação de outrem”² (WARMAN, 2016, p. 35 – tradução nossa). E continuou sua resposta, acrescentando que “esta imaturidade é auto-imposta se sua causa se fixa não na falta de compreensão, mas na indecisão e na ausência de coragem no sentido de usar o próprio intelecto sem ajuda alheia”³ (WARMAN, 2016, p. 35 – tradução nossa). Ao final, declarou: “*Sapere audet!* Ter a coragem de usar o próprio entendimento é, portanto, o lema do iluminismo”⁴ (WARMAN, 2016, p. 35).

Uma tradução ao português da expressão em latim *sapere audet* seria: ouse saber! É, sem dúvida, uma instigação às pessoas daquele tempo, no sentido de buscar conhecer as coisas, propor soluções para problemas, construir pensamentos sobre a vida humana e o mundo que as cerca.

O artigo ora apresentado tem a pretensão de expor um pouco da criação intelectual de eminentes pensadoras britânicas que, cada uma no seu estilo, deixou um importante legado à posteridade, através de suas reflexões sócio-políticas sobre seu tempo e lugar, em meio ao momento histórico e intelectual comumente chamado de iluminismo.

Com efeito, ao contrário do que comumente é pensado, no iluminismo, notadamente o britânico (envolvendo países diversos como a Inglaterra e a Escócia), não se destacaram somente pensamentos de autores do sexo masculino, mas igualmente houve autoras, e estas igualmente com obras de rigor científico e de críticas contundentes à respectiva realidade social reinante.

Sarah Knott e Barbara Taylor, na introdução geral da obra por elas editada denominada *Woman, gender and enlightenment*, questionaram onde poderiam ser achadas as autoras iluministas e seus seguidores. Para

² “What is Enlightenment? It is man’s emergence from his self-imposed immaturity. Immaturity is the inability to use one’s own understanding without guidance from someone else.”

³ “This immaturity is self-imposed if its cause lies not in any lack of understanding but in indecision and in the lack of courage to use one’s own mind without the help of someone else.”

⁴ “*Sapere audet!* Have the courage to use your own understanding is therefore the motto of the Enlightenment”

dar a resposta, as autoras inicialmente caracterizaram o iluminismo, afirmando que o mesmo “*was a living world where ideas were conveyed not only through ‘high’ philosophical works but also through novels, poetry, advice literature, popular theology, journalism*” (KNOTT; TAYLOR, 2005, p. XVII). As autoras, a seguir, quanto ao específico tema ora tratado, escreveram: “*women made a major contribution to many of these genres, particularly advice literature and the novel, while beyond the authorial scene many more women were to be found practicing Enlightenment in less conspicuous ways*” (KNOTT; TAYLOR, 2005, p. XVII). E quais seriam, por exemplo, tais formas menos evidentes?

É de se notar, como Knott e Taylor acentuam, que, além do texto escrito, houve outras formas de manifestação do pensamento iluminista; tais como conversação, leitura (tanto no âmbito público quanto privado) e pedagogia; sendo que tais técnicas eram vistas como mais adaptáveis para as mulheres (KNOTT; TAYLOR, 2005, p. XVII). E essa posição chave reconhecida às mulheres neste contexto se justificou, afirmam as autoras, pois aquelas eram pessoas “*whose refined tastes and improving cultural influence were key motifs of Enlightenment thought*” (KNOTT; TAYLOR, 2005, p. XVII).

Considerando ser o iluminismo britânico o cenário histórico da presente análise, é de se notar que o espaço físico correspondente não se fixará unicamente à Inglaterra, havendo também referências daquele movimento em países desta comunidade de nações, como é o caso da Escócia.

Referindo-se especificamente ao contexto escocês da presença feminina no iluminismo, Henry Grey Graham comenta que no decorrer do século XVIII as mulheres escocesas não alcançaram uma posição na literatura equivalente à que suas contrapartes inglesas, mais ambiciosas e engajadas, acabariam conseguindo (GRAHAM, 1901, p. 321). Não obstante, o autor, atentando para a destacada criação, por parte de autoras escocesas, de canções populares que se fixaram na memória popular, afirma: “*it is remarkable how many and how good the songs were which came from ladies who were unpractised in literary art*” (GRAHAM, 1901, p. 321).

No momento histórico da publicação de seu texto, qual seja o início do século XX, Graham, fazendo uma comparação entre o legado de autoras inglesas e escocesas, coloca que se aquelas “*wrote little only a lyric it had not the proverbial fate of ‘an old song’, it lived on the lips and lingered in the ears of the people, when the works of more formidable and learned women stood forgotten on the shelves*” (GRAHAM, 1901, p.

321). Nesta afirmação, reconhece-se o ainda então esquecimento de tantos ricos textos presentes nos escritos de muitas pensadoras do iluminismo, criações intelectuais essas que teriam ainda que esperar para terem sua merecedora valorização.

Especificamente, quanto à muitas das ora mencionadas autoras escocesas, diz Henry Grey Graham: “*who perhaps wrote one lyric, and ever after held their peace; who were too careless to achieve fame, or too modest to seek it, and kept their names unknown from the world*” (GRAHAM, 1901, p. 321). O autor, em sua obra, lista, dentre as principais iluministas da Escócia: Elizabeth, Lady Wardlaw of Pitreavie (1677-1727) (GRAHAM, 1901, p. 321-323); Lady Grisell Baillie (1665-1746) (GRAHAM, 1901, p. 323-328); Mrs. Cockburn, antes Mistress Alison Rutherford (1712-1794) (GRAHAM, 1901, p. 329-334); Miss Jean Elliot (1727-1805) (GRAHAM, 1901, p. 334-337); Lady Anne Barnard (1750-1825) (GRAHAM, 1901, p. 337-347); Carolina Oliphant, Lady Nairne (1766-1845) (GRAHAM, 1901, p. 347-351).

Os capítulos à frente se dedicarão a expor breves informações sobre a trajetória e obras de, assim como o foram estas valorosas artistas escocesas supracitadas, igualmente sápias e talentosas pensadoras britânicas que, mesmo contra adversidades e preconceitos de toda ordem, legaram valiosas obras para o arcabouço intelectual do iluminismo britânico e, mais ainda, para a cultura geral de toda a civilização.

Este estudo, que poderia ser considerado uma verdadeira compilação, no que diz respeito às exposições das biografias (comumente feito por outros autores) e obras das pensadoras à frente analisadas, procurou ter como base, em regra, os respectivos escritos em seu idioma pátrio e, dentro do possível, na época em que foram originalmente publicados. Com isso, e considerando que há trabalhos possivelmente ainda inéditos no Brasil e procurando ser o mais fiel possível ao pensamento da respectiva autora, os capítulos procuraram sempre expor as linhas originais dos pensamentos colhidos nos livros, em regra por meio de traduções (cujos possíveis erros devem ser creditados ao autor desta análise) para melhor e mais breve entendimento do público interessado, com eventuais textos na sua versão original em inglês citados em notas de rodapé.

Para os fins desta análise, buscar-se-ão as obras de autoras cuja criação intelectual abrange um período que se inicia no século XVII e se prolonga até parte considerável do século XIX, sendo, portanto intermediado pelo século XVIII, que é, por excelência, visto como o do

apogeu do que historicamente se chama Iluminismo. A bem da verdade, para pensadores como Gertrude Himmelfarb, teria sido, “no início do século XVIII, que o iluminismo britânico originou-se” (HIMMELFARB, 2011, p. 16). Não obstante o posicionamento da eminent historiadora, ousa-se discordar de sua doura opinião, pois considera-se que, conforme se verá na análise à frente, não obstante, como já dito anteriormente, o século XVIII concentrar boa parte da produção intelectual que caracteriza o iluminismo, pode-se encontrar as primeiras manifestações de sua natureza no século anterior a este, bem como ainda seriam entendidas como produções típicas do período, as obras de eminentes autoras já do século XIX.

1 MARGARET CAVENDISH (1624-1674)

Encontra-se, entre os escritos presentes no livro *The cavalier and his lady, selections from the works of the First Duke and Duchess of Newcastle*, editado (com um ensaio introdutório) por Edward Jenkins, um texto denominado *A true relation of my birth, breeding and life*, escrito em 1656, que vem a ser a autobiografia da então Marquesa de Newcastle, que posteriormente se tornaria Duquesa, títulos nobiliárquicos de Margaret Cavendish. Esta obra foi escrita quando a autora estava com a idade de 33 anos (BRITISH LIBRARY, 2019).

Falando nesta autobiografia sobre o *modus operandi* de sua criação intelectual, Cavendish declarou que passa seu tempo mais rabiscando que escrevendo, mais com palavras do que com observações presenciais; e isso não porque fale muito, mas em função de ser mais devotada à contemplação (CAVENDISH, 1872, p. 63). Diz a autora que quando seus pensamentos são traduzidos em palavras, dão mais liberdade para a ela para serem colocados no papel de forma mais metódica, “*marching more regularly with my pen on the ground of white paper*” (CAVENDISH, 1872, p. 63-64). Revelando sua postura frente à vida, Margaret Cavendish afirmou que foi criada para revelar pensamentos altivos e não para um espírito abatido, e, além disso, em suas próprias palavras: “*my life had been ruled with honesty, attended by modesty, and directed by truth*” (CAVENDISH, 1872, p. 67-68).

Em suas reflexões sobre as mulheres na Inglaterra de seu tempo, a autora considera que os costumes, tal qual as leis, estariam alterados (em face de tempos passados), em um contexto tal onde aquelas pessoas se tornam defensoras, advogadas, petacionárias e afins, “*running about with their several causes, complaining of their several grievances, exclaiming*

against their several enemies” (CAVENDISH, 1872, p. 56). E adiciona que, em sua opinião, se as pessoas do seu sexo ponderassem e refletissem, perceberiam que não é com palavras ou poder que irão avançar, e sim com valor e mérito (CAVENDISH, 1872, p. 56). Percebe-se aqui, em face de uma mudança constatada na Inglaterra de então, uma postura feminina notadamente mais atuante socialmente e de consciência maior do seu valor intrínseco.

Na sua primeira obra, de nome *Poems and fancies*, Cavendish apresenta o texto denominado *The animal parliament*, onde faz um curioso paralelo entre a estrutura do ser humano e a de uma sociedade organizada. Segundo a autora, o animal ser humano seria composto por três partes; quais sejam a alma, o corpo e os pensamentos; que corresponderiam, em uma sociedade; à vontade, imaginações e paixões. A alma é o monarca; o espírito, a nobreza; os humores e apetites, a comunidade. A cabeça corresponde à casa do parlamento, e, no extremo superior desta citada casa, se encontra o monarca em seu trono, devidamente cercado pela nobreza. Os dois arcebispos seriam a admiração e adoração; e quanto ao resto, a apreensão, o ressentimento e o espanto. Os cinco sentidos vêm a ser os juízes. E o copista, que a tudo escreve, a memória (CAVENDISH, 1653, p. 199).

Em seu livro *Philosophical and physical opinions*, Margaret Cavendish, no texto *To the reader*, afirma: “*the Soul of a Common-Wealth is actual justice, and industry. The Soul of a man is Contemplation, Reason, and imagination. And the body of a Common-Wealth, is the Citizens therein, and Magistrates thereof*” (CAVENDISH, 1655, p. 9). Ainda sobre esta *common-wealth*, diz a autora que sua força reside em suas leis (CAVENDISH, 1655, p. 9). Há aqui, sem dúvida, considerações de ordem sócio-jurídica.

Na sua obra *The description of a new world, called the blazing world*, a autora escreveu que como resultado de sua reflexão e percepção racional, em face de observações que a mesma efetuou sobre a natureza, pode afirmar que a mesma poderia ser entendida como um corpo infinito com movimento próprio (CAVENDISH, 1668, p. 47). E este corpo, em virtude de ser infinito e de seu movimento próprio, possui partes que se caracterizam por serem inquietas, sofrerem perpétuas mudanças “*and transmutations by their infinite compositions and divisions*” (CAVENDISH, 1668, p. 47-48). Margaret Cavendish, tal qual se vê nesta última obra, teceu, em algumas de suas criações, postulados sobre a ciência da natureza.

2 MARY ASTELL (1666-1731)

Como, não raro, para se entender a postura e a forma de pensar de determinado autor, revelados em sua criação intelectual, se torna bastante útil se conhecer a trajetória de vida do respectivo sujeito, as biografias confiáveis escritas por outrem a seu respeito acabam por ser um manancial de preciosas informações. É o que se dá neste presente caso de Mary Astell, a partir de uma biografia escrita por Florence Smith. Como se verá, de forma similar ocorrerá com outras pensadoras vistas à frente.

Na citada obra de Smith, ao comentar sobre a personalidade da autora ora em foco, em sua juventude, e sua ligação com o pai, Peter Astell, escreve a biógrafa: “*if traces of heredity can be trusted, Mary Astell's family provided the ideals and the characteristics that developed strongly in her later*” (SMITH, 1916, p. 6).

Observando a vida da corte inglesa, em Chelsea, onde residia em determinado período de sua vida, Mary Astell pôde, por experiência própria, se assegurar da necessidade de uma mudança nas vidas das mulheres (SMITH, 1916, p. 9).

Smith, em sua biografia sobre Astell, oferece um relato a respeito das principais obras desta. Diz a supracitada biógrafa que em 1694 houve a primeira publicação da autora, uma obra denominada *A Serious Proposal To the Ladies For the Advancement of their True and greatest Interest*, a qual se seguiu um volume II em 1697, bem como outras edições daquela, que demonstram a boa receptividade conferida ao livro (SMITH, 1916, p. 19).

Em meio às obras supramencionadas, ocorre em 1695, a partir de uma solicitação de John Norris, reitor da Bemerton School, a publicação da correspondência entre ele e Astell, reunida na obra intitulada *Letters Concerning the Love of God*, obra esta que, quanto à anuênciia da autora quanto à esta publicação, a biógrafa Smith destaca que Astell só aceitou divulgar porque sentiu que as mulheres poderiam ser incentivadas a ler um livro escrito por uma mulher (SMITH, 1916, p. 19).

Em 1700, publicou-se um livro com o título *Some Reflections upon Marriage Occasioned by the Duke and Duchess of Mazarine's Case*, e, em 1705, Astell encerrou sua carreira ativa de panfletária com uma obra chamada *The Christian Religion As Profess'd by a Daughter of the Church of England*, que resumiu sua teoria educacional e religiosa (SMITH, 1916, p. 19-20).

Deve-se destacar a iniciativa de Mary Astell, presente no seu livro *A serious proposal to the ladies for the advancement of their true and greatest interest*, no sentido dela apresentar uma sugestão que apontava no sentido de que deveria ser estabelecida uma instituição para a formação de mulheres, em linhas não somente religiosas, mas igualmente seculares. Tal sugestão não só recebeu imediata e grande repercussão, como também foi vista de forma favorável em diversos quadrantes (SMITH, 1916, p. 20).

Antes de seu falecimento, Astell teve o prazer de ver a criação de uma instituição neste moldes, em Chelsea. Diz sua biógrafa, sobre tal entidade educacional: “*this charity school for the education of the daughters of the Pensioners of Chelsea Hospital was established in 1729 by the Right Honorable Lady Catherine Jones, Lady Elizabeth Hastings, Lady Ann Coventry and other benevolent persons*” (SMITH, 1916, p. 32-33). Mary Astell faleceu em 9 de maio de 1731.

Quanto à temática de seus escritos, sua biografia informa que “*although her writings touched a wide variety of fields, political, social, and philosophical, her chief interests were educational*” (SMITH, 1916, p. 35).

No final de seu relato biográfico, Smith pontua que a independência de Mary Astell trouxe para a mesma, a um só tempo, a notoriedade e o isolamento que bem caracterizam as pessoas pioneiras. Reconhece-se também em Astell que, a oposição que sofreu em certos momentos fez surgir um certo endurecimento em suas relações sociais e um recolhimento nos valores da religião. Outrossim, Mary Astell, ainda em vida, reteve a afeição de todas as mulheres que ela tinha influenciado (SMITH, 1916, p. 35).

Em relação especificamente às obras de Mary Astell, algumas passagens podem ser destacadas. Inicialmente, no seu livro *A serious proposal to the ladies*, a autora reflete sobre a verdadeira e essencial beleza a ser observada e reconhecida nos seres humanos. Escreve ela, que embora a beleza corporal lance inegavelmente um certo brilho ao redor, as mentes das pessoas são infinitamente mais brilhantes e radiantes (algo que se certas pessoas tivessem consciência, por mais bonita fisicamente que fossem e valorizassem tal atributo, acabariam por desdenhar e negligenciar o caráter vil que isso envolve) (ASTELL, 1697, p. 10). Adiciona ainda Astell, que o tempo, inimigo mortal dos rostos bonitos, não tem influência alguma sobre uma alma adorável, a não ser para melhorá-la e aperfeiçoá-la (ASTELL, 1697, p. 10).

Na supracitada obra *Letters concerning the love of God*, onde, conforme dito, se mostra uma correspondência entre Astell e o reitor John

Norris, na *Letter I* dela para o reitor, ela comentou que provavelmente alguns cavalheiros melancólicos de seu tempo e lugar, a teriam remetido para a cozinha ou a costura, que seriam, na opinião destes, labores mais apropriados na vida das mulheres (ASTELL, 1705, p. 12). A seguir, confidencia a seu interlocutor que ainda espera dele coisas mais justas e sinceras, por ser alguém não retrógado a ponto de confinar o aprendizado ao seu próprio sexo (o masculino), ou incomodá-lo a ver no dela. Diz ainda Astell a Norris, com evidente ironia, que presume chamar a atenção deste para as impertinências da caneta de uma mulher (ASTELL, 1705, p. 12).

Em seu livro *Some reflections upon marriage*, Mary Astell declara que somente as que sentiram na pele, sabem a dor de se ser forçada a se casar quando não há amor envolvido, e de ser aprisionada pela vida afora à uma pessoa desagradável e com temperamento tirânico, em que a ignorância e a insensatez (os ingredientes da mente de alguém presunçoso, que, na verdade, é o mais insustentável dos tolos) dominam a razão e a inteligência, e, além disso, sofre-se a negação de até mesmo os mais inocentes desejos, sob a justificativa não de um argumento mas da pura e simples autoridade (ASTELL, 1730, p. 4-5). E assim se age por nenhuma outra razão a não ser o prazer e a vontade do senhor e mestre, cuja insensatez sua esposa, mesmo com todo zelo e prudência, não consegue esconder, na medida em que, no mesmo momento em que o obedeça, no fundo tenha por ele desprezo (ASTELL, 1730, p. 5). Uma descrição, de fato, bastante precisa, de uma realidade que ainda persiste na vida de algumas mulheres nos tempos mais recentes.

3 CATHARINE MACAULAY (1731-1791)

Em seu livro *A short biographic dictionary of English literature*, John W. Cousin diz sobre Catharine Macaulay: filha de um proprietário de terras em Kent, foi uma defensora do ideal republicano e simpatizante da revolução francesa; sendo autora de um livro com o título *History of England from the Accession of James I to the Elevation of the House of Hanover* (8 vols., 1763-83), obra esta que teve grande popularidade no seu tempo (COUSIN, 1910, p. 248).

Macaulay, em seu livro intitulado *Observations on a pamphlet, entitled thoughts on the cause of the present discontents*, escreveu: “*to the disgrace of human nature, and the plague of society, an able head and an honest heart are but too often separated*” (MACAULAY, 1770, p. 6).

Afirma que pelo fato dos males da política não serem, em regra, rastreados até as suas fontes, acaba não sendo surpresa que grande parte da humanidade esteja infelizmente dividida no relativo às suas respectivas aspirações no que concerne ao caminho para resolvê-los (MACAULAY, 1770, p. 8).

Por sua vez, na obra *An address to the people of England, Scotland, and Ireland on the present important crisis of affairs*; a autora afirma que em tais épocas de geral descontentamento, em que quase todos os atos dos governos estimulam o ressentimento e a apreensão naqueles cuja tutela de uma comunidade está sob sua responsabilidade, há várias pessoas entre os seus que, deslumbrados com o esplendor dos tribunais e engordando com os despojos das pessoas, utilizam de seus esforços para obscurecer os entendimentos em relação a tais problemas, problemas esses com que, ao contrário, deviam estar bastante familiarizados (MACAULAY, 1775, p. 10-11).

Continua a autora, nesta parte de sua obra, colocando que haveria ainda em seu tempo outros sujeitos que; não obstante terem as palavras liberdade, constituição e direito continuamente em sua fala; estariam, na verdade, usando cada recurso que possuíam para tornar estes postulados inúteis, postulados esses que, de tempos em tempos, teriam sido erigidos pelos respectivos ancestrais, como formas de mitigaçāo do bárbaro sistema despótico (MACAULAY, 1775, p. 11).

Como uma advertência para os sujeitos de seu tempo, Macaulay afirma que aquelas pessoas supracitadas nos parágrafos anteriores tentam persuadi-los, mas o fato é que aqueles aparentemente mais ansiosos para a proteção de seu país, são os menos interessados no bem-estar de seus povos; e inclusive tais indivíduos têm a audácia de declarar, não obstante a clara contradição com a evidência de seus sentimentos, que tudo corre bem, e que os governantes cumprem fielmente os deveres de seu ofício, e que, além disso, não haveria queixas dignas de serem reclamadas, mas somente aquelas naturais provenientes de facções políticas comuns existentes em uma monarquia limitada (MACAULAY, 1775, p. 11). Ao final, a autora escreve: “*these men have told you, that you are no judges of the state of your political happiness*” (MACAULAY, 1775, p. 11-12).

São observações bastante pertinentes sobre uma consciência política válida, não só para aquele momento histórico e aquela específica nação, mas ainda bastante atual, e para variados contextos de natureza sócio-política.

4 MARY WOLLSTONECRAFT (1759-1797)

Diz sua biografia que a autora nasceu em 1759, e desde o início de sua juventude já exibia traços de extraordinária sensibilidade, entendimento robusto e firmeza de caráter, tendo abandonado a casa de seus pais aos dezenove anos (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. III). No relativo a seus afazeres de ordem laboral, diz-se que Wollstonecraft se tornou professora por razões de caridade ou filantropia, e durante o tempo em que se dedicou ao ofício, demonstrou provas de alta qualificação na prática de suas árduas e importantes obrigações (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. III). A partir de uma temporada vivida em Lisboa (Portugal), a pensadora teve sua consciência expandida em função desta vivência em um país estrangeiro, obtendo, dentre outros aprendizados, instrutivas lições sobre os males da superstição e da intolerância (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. IV).

Continua sua biografia, afirmando que, ao retornar para a Inglaterra, Wollstonecraft, tendo previamente se disposto a se dedicar à literatura, resolveu iniciar esta labuta intelectual. Em 1787, fez ou recebeu propostas de um editor londrino chamado Johnson, que já conhecia do talento da autora. Nos três anos seguintes, Wollstonecraft se dedicou à tradução e compilação de obras literárias, mais do que em produzir escritos originais (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. IV). Com esta atividade ora desempenhada, “*she had acquired a facility in the arrangement and expression of thoughts in her avocation of translator, and compiler, which was no doubt of great use to her afterward. It was no long until she had occasion for them*” (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. V).

Com a publicação de *Reflections on the revolution in France*, de Edmund Burke, a autora, tomada de anseios de liberdade e indignada com o que julgava ser subversivo, tratou de escrever o primeiro ataque sobre a célebre obra. Segundo sua biografia, considera-se que tal posicionamento, no geral, se saiu muito satisfatoriamente, isso porque embora desdenhoso e destemperado, foi, porém, eloquente e isso de forma impetuosa e veemente. No relativo à sua auto-estimativa, em face dessa obra divulgada, diz-se que embora a princípio não confiasse muito em sua capacidade de escritora, a receptividade que viu sua obra alcançar no público lhe deu oportunidade de julgar o que seriam seus pendores nas estimativas de outrem. E dessa forma, em face dessa nova perspectiva, ela começou a desenvolver o trabalho que, em seu conjunto, lhe daria notoriedade (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. V). Wollstonecraft faleceu em setembro de 1797 (WALLSTONECRAFT,

1833, p. VIII), no parto de sua segunda filha, que se tornaria a também célebre escritora Mary Shelly.

Escrita sobre o livro *A vindication of the rights of woman*, sua biografia faz uma ponderação que bem se aplicaria à obra de Wollstonecraft como um todo, ao afirmar que suficiente seria dizer que ela parece ter se lançado ousada e isoladamente, “*in defence of that half of the human race, which by the usages of all society, whether savage or civilized, have been kept from attaining their proper dignity – their equal rank as rational beings*” (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. VI). Ao final deste relato biográfico, destaca-se a afirmação de que se poderia traçar a causa para contextos de natureza anti-social, e não serão os indivíduos isoladamente, mas o corpo social como um todo, que deve mudar tais contextos; e isso não através da promulgação de normas, mas sim por meio de uma mudança na opinião pública (WOLLSTONECRAFT, 1833, p. VIII).

Em meio à sua obra *A vindication of the rights of men*, Mary Wollstonecraft afirma que verdadeiramente sublime vem o ser o caráter que age por princípios e que governa os instintos de agir, sem diminuir o seu vigor, “*whose feelings give vital heat to his resolves, but never hurry him into feverish eccentricities*” (WOLLSTONECRAFT, 1790, p. 6).

Na dedicatória de seu livro *A vindication of the rights of woman*, direcionado ao Bispo de Autun, a autora declarou dedicar tal obra a ele, na tentativa de, em relação ao direito das mulheres e a educação nacional, induzi-lo a reconsiderar o assunto e a levar em consideração as suas ponderações sobre o tema. E adiciona, afirmando que clama com o tom firme da humanidade, pois seus argumentos são ditados por um espírito desinteressado. Em suas palavras: “- *I plead for my sex — not for myself. Independence I have long considered as the grand blessing of life, the basis of every virtue*” (WOLLSTONECRAFT, 1891, p. VII).

No capítulo I desta obra supracitada; a autora diz que a perfeição da natureza humana e a capacidade de ser feliz devem ser estimadas pelo respectivo grau de razão, virtude e conhecimento que distinguem o específico indivíduo, grau este que deveria igualmente direcionar as leis que regulam a sociedade. Tal exercício de razão, conhecimento e virtude fluirá naturalmente, é inegável, se a humanidade for vista coletivamente (WOLLSTONECRAFT, 1891, p. 39), e isso sem que haja distinções entre os sexos. À frente neste capítulo, Wollstonecraft afirma que os seres humanos do sexo masculino, em geral, parecem empregar sua razão para a justificar certos preconceitos absorvidos pelos mesmos, preconceitos esses

dos quais dificilmente teriam como traçar sua origem, e que não buscam sua erradicação (WOLLSTONECRAFT, 1891, p.40).

5 MARY SOMERVILLE (1780-1872)

Sobre a autora, escreve o biógrafo John W. Cousin que foi autora de obras de matemática e ciências em geral, tendo se casado duas vezes, sendo que a primeira foi com um oficial da marinha russa, chamado Grieg, e em segundas núpcias com um primo seu, Dr. William Somerville. Embora cedo já tenha manifestado seu pendor pelo estudo, particularmente pela ciência, teve pouca oportunidade de seguir estas suas inclinações pessoais, até o falecimento de seu primeiro marido. Já casada com William Somerville (que era simpático ao gosto da autora pela ciência), foi residir em Londres, e nesta cidade viu seus talentos serem reconhecidos pelos círculos científicos (COUSIN, 1910, p. 349).

Sobre seu primeiro marido, afirma a própria Mary Somerville que embora ele não a tenha impedido de estudar, não encontrou no mesmo qualquer apoio em relação à essa sua iniciativa, em função de sua opinião desfavorável em relação à capacidade do sexo feminino, além de não ter qualquer conhecimento ou interesse em ciência (SOMERVILLE, 1874, p. 75).

No relativo às suas atividades de pesquisadora, Mary Somerville diz que, em certo momento, embora ainda ocupada com o tema das produções minerais da Terra, se tornou mais interessada na formação do próprio planeta em si. Sobre uma das conclusões de seus estudos, afirma a autora que nada tinha mais a concedido como prova de natureza convincente no que concerne à unidade da obra Divina, do que as concepções da ciência dos números, da matemática (SOMERVILLE, 1874, p. 140).

Escreve o biógrafo John W. Cousin que em 1823, a autora foi convidada por Lord Brougham a divulgar a mecânica celeste de La Place. Ela o fez com grande sucesso, publicando um trabalho denominado *The Celestial Mechanism of the Heavens*, em 1830. Em sequência, Mary Somerville lançou outros trabalhos, dentre os quais um livro intitulado *The Connection of the Physical Sciences*, em 1834. Em seus últimos dias, a autora recebeu uma pensão do governo inglês, vindo a falecer aos 92 anos, em Nápoles (Itália), onde residiu no último decênio de sua vida (COUSIN, 1910, p. 349).

Em suas próprias palavras, Somerville se refere a ocasiões em que foi agraciada. Diz ela que foi eleita membro honorário da *Royal Academy* em Dublin (Irlanda), da *Bristol Philosophical Institution*, e da *Societé de Physique et d'Historie Naturelle* de Genebra (Suiça). Assim também: “*at a general assembly of the Italian Geographical Society, at Florence, on the 14th March, 1870, I was elected by acclamation an Honorary Associate of that distinguished society*” (SOMERVILLE, 1874, p. 351).

Era a autora consciente a respeito do contexto sócio-político de seu tempo. Afirmou ela que tinha respeito pela liberdade de consciência, e assim evitava interferir nas opiniões alheias. Outrossim, escreve: “*and in all the books which I have written I have confined myself strictly and entirely to scientific subjects, although my religious opinions are very decided*” (SOMERVILLE, 1874, p. 141).

Mary Somerville, sobre legislações referentes aos seres humanos do sexo feminino, afirmou que as leis britânicas eram desfavoráveis às mulheres, e estas estariam profundamente em dívida com o sr. Stuart Mill pelo fato dele ousar demonstrar a iniquidade e a injustiça presente nessas normas (SOMERVILLE, 1874, p. 344). Note-se que John Stuart Mill publicou em 1869 o livro *The subjection of women*, onde, então, por exemplo, afirmou que o princípio que regula as relações sociais existentes entre os dois sexos da espécie humana – a subordinação legal de um sexo pelo outro – é errado em si mesmo (MILL, 1870, p. 1). Somerville ainda afirmou que a idade não abateu sua determinação pela emancipação do seu sexo feminino do preconceito injustificável e tão prevalente na Grã Bretanha, contra uma instrução escolar científica e literária para mulheres (SOMERVILLE, 1874, p. 345).

Em sua obra *Mechanism of the heavens*, na chamada *preliminary dissertation*, Somerville declarou que a ciência, considerada como a busca pela veracidade, que só pode vir a ser alcançada por meio de uma investigação paciente e sem ideias preconcebidas, em que nada será tão grande para ser experimentado e nada será tão minúsculo a ponto de ser desconsiderado, deve sempre proporcionar uma ocupação de consumado interesse e de elevada meditação. A contemplação das obras da Criação eleva a mente para a admiração de tudo que é valoroso e nobre, e robustece o objeto de todo estudo, o que, na elegante linguagem de Sir James Mckintosh; se traduz em inspirar o amor pela verdade, pela sabedoria, pelo belo, especialmente pela bondade, a maior das belezas; como também o amor por aquela eterna e suprema mente, que contém toda a verdade e sabedoria, toda beleza e bondade (SOMERVILLE, 1831, p. VI).

6 MARY ANN EVANS (GEORGE ELIOT) (1819-1880)

Afirma a biógrafa Barnett Smith, que, registrada como Mary Ann Evans, embora, não raro, se inscrevesse Marian Evans, nasceu a autora em Arbury Farm, a uma curta distância de Nuneaton, em 22 de novembro de 1819 (SMITH, 1893, p. 87). Iniciou Evans suas atividades literárias com traduções, dedicando, por exemplo, três anos deste labor com a obra *Das Leben Jesu* de David Friedrich Strauss, tradução esta publicada em 1846 por um amigo da autora, Dr. John Chapman. Na sequência, traduziu duas obras de Spinoza, quais sejam *Tractatus Theologico-Politicus* e *Ethics* (SMITH, 1893, p. 89-90).

Após um período de ausência da capital inglesa, Evans retornou para Londres em março de 1850, e em setembro do ano seguinte tornou-se editora assistente do *Westminster Review*. Por este tempo traduziu *Essence of Christianity* de Feuerbach, único trabalho em que usou seu nome verdadeiro. Neste momento e contexto de sua vida, a autora passou a entrar em contacto com muitas celebridades literárias da época, pessoas essas que eram colaboradoras do *Westminster Review*. Suas contribuições próprias para este periódico não foram numerosas, mas se podia identificar todo um vigor e originalidade no que escreveu (SMITH, 1893, p. 90). Em meio à esta vivência, Evans, passando a manter relações de amizade com Herbert Spencer e George Henry Lewes, a intimidade com este último – então separado de sua esposa – cresceu a tal ponto que em 1854 eles desafiaram os usos de sua sociedade ao formarem uma união não legalizada, que durou até a morte de Lewes em 1878 (SMITH, 1893, p. 90).

Informa a biógrafa Barnett Smith, sobre Evans, que em 1856 ela realizou sobre sua primeira tentativa literária no campo da ficção, sendo incentivada por Lewes. Por isso, a posteridade deve àquele homem brilhante e versátil, uma grande dívida de gratidão. O surgimento da obra *The Sad Fortunes of the Rev. Amos Barton*, o primeiro conto das *Scenes of Clerical Life*, na *Blackwood's Magazine*, fez surgir o mais profundo interesse nos círculos literários. Com a publicação de toda a série das *Scenes*, um outro grande novelista, qual seja Charles Dickens, foi o primeiro a expressar sua convicção de que o autor destas obras era uma mulher (SMITH, 1893, p. 91).

A historiadora Gertrude Himmelfarb, em seu livro sobre a trajetória de Evans, chamado *The Jewish Odyssey of George Eliot*, comentando sobre esta primeira incursão da autora na seara da ficção, afirma: “if the

novel itself was all of a whole, there remains the question of whether it was also all of a whole with the rest of Eliot's life and work. 'September, 1856', she wrote in a memorandum of that date, 'made a new era in my life' (HIMMELFARB, 2012, p.2). Segundo esta historiadora, foi nesse momento em que a autora deixou de ser Mary Ann Evans como dizia seu registro de nascimento, ou o anônimo colaborador do Westminster Review, ou ainda a Marian Evans que traduziu uma obra de Feuerbach, passando a ser George Eliot, sendo este o nome que constou na identificação do autor de *Amos Barton* (HIMMELFARB, 2012, p. 2).

Segundo Gertrude Himmelfarb, “*'George' is presumed to have come from George Lewes, with whom she was then living*” (HIMMELFARB, 2012, p. 2). O que se diz a respeito do uso deste pseudônimo para identificar o autor dessa obra (que acabaria sendo utilizada em toda a produção literária da autora, a partir de então), é que Eliot teria declarado adotar um nome masculino para garantir que sua obra seria levada a sério (HIMMELFARB, 2012, p. 2). Tal procedimento não deixa de ser questionável, visto que outras escritoras célebres da época e de obras desta natureza mantiveram seus próprios nomes para sua identificação artística.

Apesar do uso de um pseudônimo para suas obras ficcionais, a novelista não ficou tão isolada dos seus papéis de ensaísta e tradutora, que antes desempenhava. Neste pormenor, destaca Himmelfarb: “*the last and more challenging of her novels, Daniel Deronda, was, in a sense, a retrospect of her life and mind, a refashioning of the moral, social, and religious themes that had always occupied her, in one form or another*” (HIMMELFARB, 2012, p. 2). Ou seja, poder-se-ia identificar neste caso uma combinação harmônica entre a ficção e o ensaio.

Sobre a vida da agora conhecida como George Eliot, a biógrafa Barnett Smith destaca que o falecimento de George Lewes, em 1878, foi um golpe muito duro na vida da autora. Embora tenha se casado, em maio de 1880 (com o sr. John Walter Cross), tal união foi efêmera, pois em 22 de dezembro do mesmo ano, Eliot veio a falecer, sem dor e de forma tranquila. Em 1883, seus ensaios para o Westminster Review foram reunidos e publicados, e no ano seguinte veio sua biografia, organizada por seu viúvo (SMITH, 1893, p. 94).

No relativo especificamente à obra literária de George Eliot, no relativo às questões sobre aos seres humanos do sexo feminino de seu lugar e sua época, pode-se citar que no prelúdio do primeiro volume de sua obra *Middlemarch, a study of provincial life*, que trata sobre Santa Teresa

de Ávila, a autora escreveu em um comovente texto, um retrato sobre a vida de mulheres do seu tempo, mas não só dele. Escreveu George Eliot: “muitas Theresas nasceram e não encontraram para si uma vida épica em que houvesse uma constante manifestação de ação vibrante¹” (ELIOT, 1887, p. 3 – tradução nossa); “talvez apenas uma vida de erros, o produto de uma certa grandeza espiritual mal combinada com a mesquinhez da oportunidade. Talvez uma falha trágica que não encontrou nenhum poeta sagrado e afundou no esquecimento²” (ELIOT, 1887, p. 3-4 – tradução nossa). “Com as luzes fracas e as circunstâncias complicadas, tentavam moldar seu pensamento e ação em um nobre ajuste; mas afinal, para os olhos comuns, suas lutas pareciam mera inconsistência e amorfas³” (ELIOT, 1887, p. 4 – tradução nossa). “Para estas Theresas nascidas mais tarde não ajudou nenhuma fé e ordem social coerente que pudesse executar a função de conhecimento para a alma ardente disposta⁴” (ELIOT, 1887, p. 4 – tradução nossa). “Seu ardor se alternava entre um ideal vago e o anseio comum da feminilidade; de modo que um foi desaprovado como extravagância, e o outro condenado como um erro leve⁵” (ELIOT, 1887, p. 4 – tradução nossa).

7 CONSTANCE NADEN (1858-1889)

Em uma biografia sobre a autora, escreveu William R. Hughes que Constance Caroline Woodhill Naden nasceu na casa de número 15 da Francis Road, em Edgbaston, nos subúrbios de Birmingham, em 24 de janeiro de 1858, Indo residir com os avós, após o falecimento da mãe, diz-se que Naden, em parte por viver de forma reclusa com pessoas bem mais idosas; cresceu como uma pessoa curiosa, reservada, meditativa e silenciosa. Outras características marcantes dela, reconhecidas desde cedo, foram sua memória privilegiada e a absoluta sinceridade (HUGHES, 1890, p. 6-7).

¹ “Many Theresas have been born who found for themselves no epic life wherein there was a constant unfolding of far-resonant action,”

² “Perhaps only a life of mistakes, the offspring of a certain spiritual grandeur ill-matched with the meanness of opportunity. Perhaps a tragic failure which found no sacred poet and sank unwept into oblivion.”

³ “With dim lights and tangled circumstance they tried to shape their thought and deed in noble agreement; but after all, to common eyes their struggles seemed mere inconsistency and formlessness”.

⁴ “For these later-born Theresas were helped by no coherent social faith and order which could perform the function of knowledge for the ardently willing soul”.

⁵ “Their ardor alternated between a vague ideal and the common yearning of womanhood; so that the one was disapproved as extravagance, and the other condemned as a lapse”.

Afirma esta sua ora analisada biografia, que entre os vários livros que Naden leu em seus primeiros anos, os relativos ao misticismo a atraíram muito, especialmente as obras de autores como James Hinton e Rev. R. A. Vaughn (HUGHES, 1890, p. 11).

No relativo à atividade profissional e formação acadêmica, noticia-se que a autora lecionou por um tempo no *Home for Friendless Girls*, localizado em Bristol Street, Birmingham. Depois de sair desta escola, Naden passou a se dedicar ao estudo de idiomas; chegando a dominar o francês, alemão, latim, e elementos de grego. É neste período de vida que surge sua obra intitulada *Songs and Sonnets of Springtime* (HUGHES, 1890, p. 16).

No período entre 1879 e 1881, Naden freqüentou cursos de botânica e campo, respectivamente, no *Birmingham Institute* e no *Midland Institute*. No outono de 1881 acabaria por ingressar no *Mason College*, instituição à qual a autora se tornou grata por ter obtido uma formação científica absolutamente sólida (HUGHES, 1890, p. 17-18).

Quanto à formação intelectual de Constance Naden, a biografia de Hughes informa que a mesma estava embasada com o conhecimento de várias ciências (tais como física, química, botânica, zoologia, fisiologia e geologia); e com gostos refinados no campo literário, artístico e poético (HUGHES, 1890, p. 22).

Durante sua vida acadêmica no *Mason College*, Naden proferiu notáveis palestras e foi laureada. Cita-se inicialmente um destacado discurso sobre *Special Creation and Evolution*. Em 1885, a autora recebeu o *Panton Prize* de melhor ensaio sobre *Geology of the District*. Em 1887, informa-se sobre discurso tratando sobre *The Data of Ethics*. Ainda aluna no *Mason College*, e no mesmo ano de 1887, Naden escreveu um ensaio intitulado *Induction and Deduction*, obra que foi premiada com a *Heslop Gold Medal*, a mais alta premiação oferecida até então à produção científica daquela instituição (HUGHES, 1890, p. 22-23).

Quanto à produção científica e literária da autora, a biografia de Hughes informa inicialmente que, no total, Constance Naden apresentou uma série de três discursos sobre a doutrina da evolução, denominados, respectivamente; *Special Creation and Evolution*, *The Data of Ethics* e *The Principles of Sociology* (HUGHES, 1890, p. 26). Além disso, ela foi uma escritora prolífica em prosa, apresentando escritos onde se identificava de forma variada (às vezes pelas iniciais CN ou CA, por vezes pelo pseudônimo Constance Arden) (HUGHES, 1890, p. 29). Constam também no legado

literário de Naden escritos de natureza poética, que foram reunidos na obra *Complete poetical works*, publicada após o falecimento de Naden.

Constance Naden faleceu em 23 de dezembro de 1889, aos 31 anos. Comentando o conjunto da obra de Constance Naden, afirma William A. Tilden, professor de química da *Mason College*: “*she transferred her active intelligence, her keen reasoning faculty, and great powers of acquisition, to new ground*” (HUGHES, 1890, p. 68).

Em face do falecimento da autora, o filósofo inglês Herbert Spencer endereçou uma carta, datada de 10 de junho de 1890, ao Dr. Lewins, mentor e amigo da autora, onde, sobre Constance Naden, afirmou que, geralmente, receptividade e originalidade não estão associadas, mas em seu gênio elas pareciam ter sido igualmente grandes. Spencer ainda diz que não conseguiu pensar em nenhuma outra mulher, com a exceção de George Eliot, onde houvesse essa união de alta capacidade filosófica com extensa percepção. Encerrou, Spencer, afirmando que, de forma inquestionável, a arguta inteligência de Naden teria feito muito em prol do pensamento racional, e seu falecimento implicou em uma séria perda (HUGHES, 1890, p. 89).

Em memória de Constance Naden, o seu amigo e docente de geologia na *Mason College*, professor Lapworth, declarou que a autora possuía uma mente dominada pela noção de uma essencial unidade da natureza e do íntimo relacionamento entre os seres humanos e todos os demais membros do universo animado e inanimado.

Para os fins da ciência da natureza (e por tal termo poderíamos incluir todas as ciências que ela pessoalmente estudou), Naden visou o real conhecimento da relação do ser humano com a natureza em geral, que lhe daria terreno firme para se fixar, quando ela trabalhava em seu tema favorito, a relação dos seres humanos com seus semelhantes (HUGHES, 1890, p. 24).

E é justamente sobre a relação entre o ser humano e seu semelhante, que serão aqui destacadas algumas citações do legado literário de Constance Naden.

Na introdução de seus *Philosophical tracts*, Naden afirmou neste sentido: “*no man, however unsocial, can isolate himself from his kind. Secluded in a hermitage, he still cannot renounce his membership of human society; that is to say, his human nature*” (NADEN, 1891, p. 134).

Continua a autora, nesta obra, afirmando que o intelecto e a moralidade pertencem ao ser humano apenas como um ser social; de

modo que a sociedade não apenas o engloba, mas constitui sua própria mente e caráter; e assim tentar escapar de seu próprio intelecto seria como tentar se separar da humanidade. Comenta que houve quem afirmasse que ninguém poderia ser moral ou imoral, se sozinho em uma ilha deserta; mas esta é uma falsa maneira de expressar uma ideia verdadeira. O herói de Defoe (referindo-se a Robinson Crusoé) é capaz de moralidade, porque um ideal social, ao qual ele pode referir suas ações e pensamentos, já existe em sua mente. Assim, tal sujeito se repreende por ceder ao pensamento desanimado, e considera suas desgraças como a justa punição de seus pecados. Por outro lado, ainda coloca Naden, um solitário Adão nada saberia a respeito de dever ou de justiça, porque estas são concepções que implicam a adesão à uma comunidade. Dessa forma, Adão, longe de ser o tipo perfeito de homem, não seria homem de forma alguma; pois as qualidades morais são realmente relações morais, e um caráter não relacionado a outros sujeitos seria desqualificado; isto é, seria puramente negativo (NADEN, 1891, p. 134).

Ainda nos *Philosophical tracts*, Constance Naden apresenta algumas considerações sobre filosofia. Afirma ela que o filósofo, acima de todos os outros seres humanos, deve guardar esta verdade no coração, e mantê-la constantemente na lembrança, qual seja o fato de que se tiver um pensamento arrogante, não pode ser encarado como estando em um caminho para promover o bem comum; deve renunciar à sua titulação a ser respeitada ou mesmo a ser mantido vivo e nutrido pelo desperdício de seu tecido cerebral. À frente, a autora coloca que cada sistema de pensamento deve reivindicar validade universal. O significado de filosofia como um todo consiste em sua pretensão de ser o que todo ser humano saudável necessariamente pensaria, se este sujeito pudesse racional e completamente analisar o conteúdo de sua própria mente (NADEN, 1891, p. 135).

Comentando a obra *Data of ethics* de Herbert Spencer, a autora, em seu artigo *Evolutionary ethics*, afirma: dizem-nos que a vida não é digna de ser vivida sem o apoio de doutrinas que estão visivelmente desmoronando, e que a justiça e a benevolência são apenas pensionistas do velho monarca cego, a fé. Não obstante, ao invés de nos resignarmos à dolorosa alternativa de atrofia moral ou escuridão intelectual, examinemos as idéias de um grande pensador, que alega encontrar a raiz das virtudes no fundo da mente humana, e organicamente com sua natureza (NADEN, 1890, p. 101).

Em seu artigo *Principles of sociology*, Naden afirma que os princípios relativos à uma ciência não podem ser inteligentemente aceitos

até seus dados se tornarem comprehensíveis, organizados em conjunto, vistos e analisados de todos os ângulos, e conhecidos em todos os seus mútuos comportamentos. Se, ausente tal conhecimento, os princípios são tidos como verdade, eles mudam seu caráter, e se transformam em dogmas (NADEN, 1890, p. 178).

CONCLUSÕES

O que pôde, inicialmente, ser percebido da análise das obras de várias das eminentes pensadoras citadas, é a variedade dos campos de conhecimento onde as mesmas empregaram sua inteligência e vitalidade, apresentando obras de envergadura e qualidade.

Uma explicação para tal diversidade de campos de conhecimento encontrados nas obras iluministas como um todo, e das autoras ora analisadas em particular, é dada por Isaiah Berlin na introdução de sua obra *The age of enlightenment*. Diz Berlin que o século XVIII é talvez o último período na história da Europa ocidental onde a onisciência humana era considerada um objetivo alcançável. O progresso sem paralelo da física e da matemática no século XVII transformou a visão tradicionalmente mantida do mundo material e, ainda mais, da natureza do conhecimento verdadeiro, e isso no sentido de que tal época ainda permanece como uma barreira entre os dias mais atuais e as eras que precederam o iluminismo, e faz com que a criação filosófica medieval e mesmo a do renascimento, pareçam remotas, fantasiosas e, por vezes, quase inteligíveis (BERLIN, 2017, p. 4).

Procurou esta análise se abster de quaisquer enunciações de inclinações ideológicas ou comportamentais, evitando, ao máximo possível fugir da fácil rotulação de um *ismo* para delimitar e definir a natureza das opiniões afirmadas e posições assumidas. Não obstante tal desiderato é evidente que tratar da temática sobre valorosas mulheres que revelaram ao mundo uma valiosa produção intelectual e que, cada um do seu modo, buscaram afirmar uma posição de crescente respeito e dignidade em seu meio social, é de certa forma, se encontrar em meio ao que atualmente se chama feminismo.

Considere-se, porém, que, conforme atestado por Sarah Knott e Barbara Taylor, o termo feminismo não entrou em uso até o final do século XIX – bem depois da Declaração dos Direitos da Mulher de Seneca Falls, e assim também dos tratados da era revolucionária francesa de De Gouges e de Wollstonecraft. Porém, seu uso poderia ser justificado, já na

época áurea do iluminismo, dada a presença, naquele momento, do que foi chamado campeonato ou defesa de mulheres, que vinha a ser uma franca posição pró-mulher englobando uma ampla gama de argumentos e estratégias retóricas, que variavam de hagiografias de mulheres notáveis a ataques verbais de ardente guerra sexual na tradição das *querelles des femmes*, ou bem ensaiadas demandas de melhoria na educação feminina (KNOTT; TAYLOR, 2005, p. XVII).

O que aqui se verificou neste estudo, e isso deve ser valorizado e enaltecido, são seres humanos (que nesse caso são do sexo feminino) que foram conscientes das vicissitudes e dos legítimos anseios do mundo que as cercavam, e que procuraram dar sua cota de colaboração e seu suor na tentativa de conscientizar as pessoas para que tomassem um caminho mais positivo e saudável para a totalidade da sua sociedade, ou que a esta como um todo pudessem ser oferecidos mais recursos para seu desenvolvimento e existência mais digna.

É importante frisar que enaltecer o esforço e a criação intelectual destas eminentes pensadoras, representantes do iluminismo britânico e da criação literária em geral, nesta região do mundo, considerado neste presente estudo entre os séculos 17 e 19; não quer dizer, em uma postura maniqueísta, negar a relevância de outras honradas e valorosas mulheres de seu tempo que, através de outros meios e misteres, puderam colaborar, cada uma do seu jeito, para o engrandecimento da sociedade onde elas e suas respectivas famílias viveram.

Note-se que, tal como afirmam Knott e Taylor, as primeiras modernas vencedoras dos supramencionados campeonatos ou defesas das mulheres não foram organizadoras de movimentos, não se reuniram em ligas ou publicaram manifestos; mas isso não significa que não tenham tido influência cultural. As doutrinadoras pontuam que, em verdade, já no final do século XVII, o sentimento pró-mulheres era uma característica reconhecida (se não sempre respeitável) da opinião progressista (KNOTT; TAYLOR, 2005, p. XVII).

De forma crescente na doutrina de anos mais recentes, “*women have been established as active participants in the enlightenment process, and as figures who were capable of making their own intellectual contributions to the period*” (MCLEAN, 2010, p. 8).

E, corroborando o supramencionado parágrafo, bem ao contrário do que, de forma precipitada, poder-se-ia afirmar, suas considerações, embora não tendo deixado de lado as justas reivindicações dos seres humanos do

sexo feminino da sua época (com exigências quanto à igualdade de condições na vida política ou trabalhista), também colaboraram no desenvolvimento de importantes campos de conhecimento geral; como o direito ou a história, e outras ciências, e isso, óbvia e naturalmente, em absoluta igualdade de condição e brilhantismo junto aos seus pares do sexo masculino.

Houve barreiras, e as várias biografias não escondem esta constatação. Por mais que sejam fatos que o respectivo momento histórico explique (embora nada o justifique), a algumas delas muitas vezes não houve o reconhecimento que mereciam ter recebido, e que somente nos séculos vindouros efetivamente veio. Mas isso somente reforça o mérito do esforço e abnegação por elas empreendido.

REFERÊNCIAS

- ASTELL, Mary. **A serious proposal to the ladies, for the advancement of their true and greatest interest, in two parts.** London (England): Richard Wilkin, 1697.
- ASTELL, Mary. **Letters concerning the love of God, between the author of the proposal to the ladies and Mr. John Norris.** 2. ed. London (England): Samuel Danthip and Richard Wilkin, 1705.
- ASTELL, Mary. **Some reflections upon marriage.** 4 ed. London (England): William Parker, 1730.
- ERLIN, Isaiah. **The age of enlightenment.** The eighteenth century philosophers. 2 ed. Oxford (England): The Isaiah Berlin Literary Trust, 2017.
- BRITISH LIBRARY. Margaret Cavendish. **People: all discovering literature, restoration & 18th century people.** Disponível em: <https://www.bl.uk/people/margaret-cavendish>. Acesso em: 31 jul. 2019.
- CAVENDISH, Margaret. **Poems and fancies.** London (England): F. Martin and F. Allestrye, 1653.
- CAVENDISH, Margaret. **The philosophical and physical opinions, written by her excellency, the lady marchionesse of Newcastle.** London (England): F. Martin and F. Allestrye, 1655.
- CAVENDISH, Margaret. **The description of a new world, called the blazing-world.** London (England): A. Maxwell, 1668.

CAVENDISH, Margaret. Autobiography of the marchioness of Newcastle. In: JENKINS, Edward (ed.). **The cavalier and his lady, selections from the works of the first duke and duchess of Newcastle.** London (England): Macmillan and co., 1872. p. 31-77.

COUSIN, John W. **A short biographic dictionary of english literature.** London (England): J. M. Dent & Sons, 1910.

ELIOT, George. **Middlemarch**, a study of provincial life, volume 1. Boston (United States): Estes and Lauriat, 1887.

GRAHAM, Henry Grey. **Scottish men of letters in the eighteenth century.** London (England): Adam and Charles Black, 1901.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade.** Tradução de Gabriel Ferreira da Silva. São Paulo: É Realizações, 2011.

HIMMELFARB, Gertrude. **The jewish odyssey of George Eliot.** New York (United States): Encounter Books, 2012.

HUGHES, William R. Constance Naden. **A memoir.** London (England): Bickers & Son, 1890.

KNOTT, Sarah; TAYLOR, Barbara. General introduction. In: KNOTT, Sarah; TAYLOR, Barbara (eds.). **Women, gender and enlightenment.** New York (United States): Palgrave Macmillan, 2005. p. XV-XXI.

MACAULAY, Catharine. **Observations on a pamphlet, entitled, thoughts on the cause of the present discontents.** 4. ed. London (England): Edward and Charles Dilly, 1770.

MACAULAY, Catharine. **An address to the people of England, Scotland, and Ireland, on the present important crisis of affairs.** 2. ed. London (England): Edward and Charles Dilly, 1775.

MCLEAN, Ralph. **The enlightenment.** 1. ed. Coventry (England): University of Warwick, 2010.

MILL, John Stuart. **The subjection of women.** 3. ed. London (England): Longmans, Green, Reader and Dyer, 1870.

- NADEN, Constance. Evolutionary ethics. In: LEWINS, R. (ed.). **Induction and deduction, a historical & critical sketch of successive philosophical conceptions respecting the relations between inductive and deductive thought and other essays by Constance C. W. Naden.** London (England): Bickers & Son, 1890. p. 101-142.
- NADEN, Constance. The principles of sociology. In: LEWINS, R. (ed.). **Induction and deduction, a historical & critical sketch of successive philosophical conceptions respecting the relations between inductive and deductive thought and other essays by Constance C. W. Naden.** London (England): Bickers & Son, 1890. p. 177-192.
- NADEN, Constance. Philosophical tracts. In: MCCRIE, George M. (ed.). **Further reliques of Constance Naden:** being essays and tracts for our times. London (England): Bickers and Son, 1891. p. 134-190.
- SMITH, Florence M. Mary Astell. New York (United States): Columbia University Press, 1916.
- SMITH, G. Barnett. **Women of renown, nineteenth century studies.** London (England): W. H. Allen & Co. Limited, 1893.
- SOMERVILLE, Mary. **Mechanism of the heavens.** London (England): John Murray, 1831.
- SOMERVILLE, Mary. **On the connexion of the physical sciences.** 5 ed. London (England): John Murray, 1834.
- SOMERVILLE, Mary. **Personal recollections, from early life to old age.** Boston (United States): Roberts Brothers, 1874.
- WARMAN, Caroline (ed.). **Tolerance: the beacon of the enlightenment.** Cambridge (England): Open Book Publishers, 2016.
- WOOLSTONECRAFT, Mary. **A vindication of the rights of men in a letter to the right honourable Edmund Burke;** occasioned by his reflections on the revolution in France. 2 ed. London (England): J. Johnson, 1790.
- WOOLSTONECRAFT, Mary. **A vindication of the rights of woman with strictures on political and moral subjects.** New York (United States): A. J. Matsell, 1833.

WOOLSTONECRAFT, Mary. **A vindication of the rights of woman with strictures on political and moral subjects.** London (England): T. Fisher Unwin, 1891.

LINHA II CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE ASPECTOS ORGANIZACIONAIS, COMPORTAMENTAIS E PSICOLÓGICOS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E SUA INFLUÊNCIA NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA LABOR-AMBIENTAL

THE INTERDEPENDENCE BETWEEN ORGANIZATIONAL, BEHAVIORAL AND PSYCHOLOGICAL ASPECTS OF THE LABOUR ENVIRONMENT AND ITS INFLUENCE ON THE WORKER'S MENTAL HEALTH: AN ANALYSIS FROM THE LABOUR-ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE

Victor Hugo de Almeida*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho à luz da teoria da Perspectiva Labor-ambiental. 2 A saúde mental do trabalhador sob o enfoque dos transtornos mentais e comportamentais reconhecidos como doenças do trabalho pela Previdência Social. 3 A inter-relação entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho: impactos na saúde mental do trabalhador. Conclusão. Referências.

RESUMO: Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não abrigue qualquer noção descritiva acerca do meio ambiente do trabalho, dedicou-se a doutrina, paulatinamente, a construí-la. Isso porque a efetivação do equilíbrio do meio ambiente do trabalho é corolário da compreensão de seus atributos sociopsicofísicos e da maneira como tais aspectos se inter-relacionam. Pautando-se nesta premissa, o presente artigo adota, como matriz teórica, a Perspectiva Labor-ambiental, cuja teoria assevera que o meio ambiente do trabalho abarca tanto aspectos ambientais como, também, aspectos pessoais dos trabalhadores, os quais são interdependentes e influenciam no equilíbrio labor-ambiental e, consequentemente, na

* Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FADUSP). Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FFCLRP/USP). Professor de Direito do Trabalho, Chefe do Departamento de Direito Privado, de Processo Civil e do Trabalho e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - Campus Franca (SP). Líder Pesquisador do Grupo de Pesquisa (CNPQ) "Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo" (RETRAB).

Artigo recebido em 31/10/2019 e aceito em 04/11/2019.

Como citar: ALMEIDA, Victor Hugo de. A interdependência entre aspectos organizacionais, comportamentais e psicológicos do meio ambiente do trabalho e sua influência na saúde mental do trabalhador: uma análise a partir da perspectiva labor-ambiental. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 37, p. 213-237. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

saúde e qualidade de vida do trabalhador. Busca-se examinar a interdependência entre aspectos organizacionais (aspecto ambiental), comportamentais e psicológicos (aspectos pessoais), constituintes do meio ambiente do trabalho à luz da teoria da Perspectiva Labor-ambiental, e sua relação com alguns transtornos mentais e comportamentais frequentemente diagnosticados para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez pela Previdência Social. Quanto ao procedimento metodológico, adota-se, como método de procedimento, a técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, além da pesquisa documental junto ao Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho da Previdência Social; e, como método de abordagem, o dedutivo, visando, a partir da análise da teoria da Perspectiva Labor-ambiental, examinar a interdependência entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho, e identificar a relação de tais aspectos com os principais transtornos mentais e comportamentais reconhecidos como doenças do trabalho pela Previdência Social.

Palavras-chave: aspectos organizacionais. psicológicos e comportamentais. meio ambiente do trabalho. saúde do trabalhador. transtornos mentais e comportamentais.

ABSTRACT: *Although the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 does not present any description of the labour environment, the doctrine gradually has dedicated itself to building it, aiming at achieving the labour-environmental balance. This is because achieving the balance of the labour environment is a corollary of understanding its sociopsychophysical attributes and how these aspects interrelate. On the basis of this premise, this paper adopts, as a theoretical matrix, the Labour-environmental Perspective, whose theory covers both environmental aspects as well personal aspects, which are interdependent and influence the balance of the labour environment and, consequently, the health and quality of life of the worker. We seek to examine the interdependence between organizational (environmental aspect), behavioral and psychological (personal aspects), constituents of the labour environment in the face of the Labor-environmental Perspective, and its relationship with some frequently diagnosed mental by the Welfare Security. As for the methodological procedure, the procedure adopted is the bibliographic research technique in published materials and documentary research in the Statistical Yearbook of Social Welfare Work Accidents; and, as a method of approach, the deductive, aiming, from the analysis of the Labour-environmental Perspective, to analyze the interdependence between organizational, psychological and behavioral aspects of the labour environment, to identify the relationship of these aspects with the main mental and behavioral disorders recognized as occupational diseases by the Welfare Security.*

Keywords: organizational. psychological and behavioral aspects. labour environment. worker's health. mental and behavioral disorders.

INTRODUÇÃO

Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não abrigue qualquer noção descritiva acerca do meio ambiente do trabalho, dedicou-se a doutrina, paulatinamente, a construí-la, visando à efetivação do equilíbrio labor-ambiental. Isso porque a efetivação do equilíbrio do meio ambiente do trabalho é corolário da compreensão de seus atributos sociopsicofísicos e da maneira como tais aspectos se inter-relacionam.

No início, a noção de meio ambiente do trabalho se restringia aos aspectos físicos ambientais – por exemplo, edificações do estabelecimento,

instrumentos, equipamentos, condições de salubridade e periculosidade, conforto térmico, entre outros – (MORAIS, 2012; NASCIMENTO, 2013), desconsiderando a sinergia entre o meio ambiente do trabalho e o trabalhador. Por isso, pouco se aludia aos aspectos psicológicos e comportamentais dos trabalhadores e à dinâmica da inter-relação pessoa-ambiente, ignorando que “[...] o entendimento do meio ambiente do trabalho estabelece-se com a percepção do espaço do trabalho e, mais ainda, do próprio trabalhador, na medida em que não existe tal ambiente sem o ser humano.” (ROCHA, 2002, p. 130).

Pautando-se nesta premissa, o presente artigo adota, como matriz teórica, a Perspectiva Labor-ambiental (ALMEIDA, 2013), cuja teoria assevera que, além de ser inter-relacionado com outras manifestações ambientais do meio ambiente humano (manifestações natural, artificial e cultural), o meio ambiente do trabalho abarca tanto aspectos ambientais (geográficos, arquiteturais, tecnológicos, culturais e organizacionais) como, também, aspectos pessoais dos trabalhadores (biogênicos, psicológicos e comportamentais), os quais são interdependentes e influenciam no equilíbrio labor-ambiental e, consequentemente, na saúde e na qualidade de vida do trabalhador.

Assim sendo, busca-se examinar a interdependência entre aspectos organizacionais (aspecto ambiental), comportamentais e psicológicos (aspectos pessoais), constituintes do meio ambiente do trabalho à luz da teoria da Perspectiva Labor-ambiental, e sua relação com alguns transtornos mentais e comportamentais (estresse, depressão e ansiedade) frequentemente diagnosticados para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez pela Previdência Social.

No tocante ao procedimento metodológico, adota-se, como método de procedimento, a técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados (por exemplo, legislação, artigos, doutrinas, conteúdos disponibilizados em sítios eletrônicos, entre outros), além da pesquisa documental junto ao Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho (AEAT) da Previdência Social; e, como método de abordagem, o dedutivo, visando, a partir da análise da perspectiva labor-ambiental, especialmente da interdependência entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho, identificar a relação de tais aspectos com os principais transtornos mentais e comportamentais (estresse, depressão e ansiedade) reconhecidos como doenças do trabalho pela Previdência Social.

Portanto, o primeiro tópico aborda a teoria da Perspectiva Labor-ambiental, como matriz teórica, com ênfase nos aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais constituintes do meio ambiente do trabalho; o segundo, expõe, com esteio no Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho da Previdência Social, alguns transtornos mentais e comportamentais (de estresse, depressivo e de ansiedade) frequentemente reconhecidos como doenças do trabalho pela Previdência Social; e, por fim, o terceiro tópico examina a inter-relação entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais e saúde mental do trabalhador, a partir dos transtornos mentais e comportamentais supramencionados.

1 ASPECTOS ORGANIZACIONAIS, PSICOLÓGICOS E COMPORTAMENTAIS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO À LUZ DA TEORIA DA PERSPECTIVA LABOR-AMBIENTAL

Embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não abrigue qualquer noção descritiva acerca do meio ambiente do trabalho, dedicou-se a doutrina, paulatinamente, a construi-la, visando à efetivação do equilíbrio labor-ambiental. A Norma Constitucional, contudo, contempla o meio ambiente do trabalho como manifestação particular do meio ambiente humano, em seus artigos 225 e 200, inciso V.

Diante dessa justificável omissão¹, adota-se, nesta abordagem, visando à compreensão dos atributos do meio ambiente do trabalho e da sua influência na saúde do trabalhador, a Perspectiva Labor-ambiental como matriz teórica. Isso porque a efetivação do equilíbrio do meio ambiente do trabalho é corolário da compreensão de seus atributos sociopsicofísicos e da maneira como tais aspectos se inter-relacionam.

De acordo com tal referencial teórico, o meio ambiente do trabalho, também inter-relacionado com outras manifestações ambientais do meio ambiente humano (natural, artificial e cultural), contempla aspectos ambientais (geográficos, arquiteturais, tecnológicos, culturais e organizacionais) e aspectos pessoais dos trabalhadores (biogenéticos, psicológicos e comportamentais), os quais são interdependentes e

¹ Diz-se justificável, pois, segundo Raimundo Simão de Melo (2004), o conceito jurídico de meio ambiente do trabalho é aberto; consiste em um espaço positivo de incidência da norma legal, visando tutelar os diversos aspectos do meio ambiente. No mesmo sentido, Cláudio Mascarenhas Brandão (2010) explica ser propositalmente indefinido tal conceito jurídico, com a finalidade de evitar que não fossem abrangidas pela conceituação diversas situações não alcançadas por uma conceituação legal mal posta.

influenciam no equilíbrio labor-ambiental e, consequentemente, na saúde e qualidade de vida do trabalhador (ALMEIDA, 2013).

Por ser parte do meio ambiente do trabalho, ou seja, a engrenagem dinâmica dessa manifestação ambiental, justificam-se os aspectos pessoais (comportamentais e psicológicos) como constituintes do *locus* laboral, por serem indescrivíveis da pessoa humana. Ignorá-los seria rechaçar do meio ambiente do trabalho todo e qualquer ato humano, bem como os institutos jurídicos dele decorrentes, como, por exemplo, assédio moral, assédio sexual, dano moral, dano existencial, justa causa, faltas e maus procedimentos, abuso de direito, entre outros.

Todavia, diante da impossibilidade de abordar todos esses aspectos labor-ambientais em uma mesma investigação, optou-se, nesta abordagem, por investigar a interdependência entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais e sua influência na saúde do trabalhador. A seleção desses aspectos se justifica em razão da hipótese previamente levantada de que a organização do trabalho exerce influência no aparato psíquico do trabalhador, representado, na teoria da Perspectiva Labor-ambiental, pelos aspectos psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho.

Quanto aos aspectos organizacionais, de acordo com Leonardo Vieira Wandelli (2015), a organização do trabalho deve ser compreendida sob um duplo viés: da divisão do trabalho (do ponto de vista técnico), consistente na atribuição de tarefas entre os operadores, repartição, cadência, procedimentos de trabalho, ferramentas e instrumentos; e da divisão dos homens (do ponto de vista das relações sociais e de poder), relacionado ao comando e à coordenação, à repartição das responsabilidades e autonomia, hierarquia, controle e, especialmente, à avaliação do trabalho, à amizade, à solidariedade e à confiança.

Assim sendo, são aspectos organizacionais os recursos alocados pela e na organização, a serviço dos objetivos institucionais, tendentes a influenciar a satisfação individual e coletiva dos trabalhadores, como, por exemplo, a estrutura organizacional (procedimentos); o regulamento da empresa; a estrutura hierárquica; a jornada de trabalho, os intervalos, as pausas e descansos; os instrumentos de avaliação; entre outros.

Por sua vez, entende-se como aspectos comportamentais o modo como o trabalhador se determina, de maneira comissiva ou omissiva; ou a forma de proceder das pessoas ou dos organismos, consciente ou inconscientemente, em resposta aos estímulos e em relação ao contexto.

São aspectos comportamentais, por exemplo, a participação em programas de promoção de saúde ou prevenção de acidentes (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA; Serviço Especializado de Medicina do Trabalho – SESMET; Comissão Interna de Trabalhadores; Comissões Sindicais, etc.); padrões de sono; tabagismo; uso de substâncias psicoativas, incluindo o álcool; proatividade; entre outras. Evidentemente, tal aspecto labor-ambiental também abarca o comportamento do empregador e de terceiros, os quais também influenciam, de maneira positiva ou negativa, na dinâmica e no equilíbrio do meio ambiente do trabalho.

Os aspectos psicológicos aludem a processos e estados psíquicos, positivos e negativos, como, por exemplo: motivação; pensamento; autoconfiança; comprometimento; competitividade; emoção; percepção; estado de humor; apego; apropriação; vínculos afetivos; otimismo; criatividade; extroversão; habilidade interpessoal; ansiedade; desmotivação; esgotamento; pressão; subjetividade; depressão; satisfação consigo, com o trabalho e com o próprio entorno; entre outros componentes das bases psíquicas que influenciam, direta ou indiretamente, o comportamento da pessoa, no caso, do trabalhador.

Consoante à teoria da Perspectiva Labor-ambiental, tais aspectos são inter-relacionados e, ainda, podem ser influenciados por atributos sociais, culturais, econômicos, políticos e jurídicos intrínsecos ao sistema no qual o meio ambiente do trabalho se encontra imerso. Ademais, são igualmente influenciados por outras manifestações ambientais do meio ambiente humano, produzindo tanto mudanças como continuidade na relação trabalhador-ambiente. Ou seja, o equilíbrio do meio ambiente do trabalho pode ser influenciado pelas pessoas que dele fazem parte, por outras manifestações ambientais correlatas (natural, artificial ou cultural) ou por protótipos gerais (sociais, econômicos, políticos e jurídicos) do sistema no qual se encontra. (CAMPOS-DE-CARVALHO; CAVALCANTE; NÓBREGA, 2011; ALMEIDA, 2013).

Por isto, diz-se ser ingênuo abordar ou intervir no meio ambiente do trabalho sem considerar, além das pessoas que dele fazem parte, as outras manifestações ambientais que, na perspectiva da *Gestalt*, compreendem, juntamente com o microssistema laboral, um sistema unitário, intra e interdependente (FELICIANO, 2001).

Todavia, é compreensível que, na prática, pode parecer remota tal interdependência, bem como a inter-relação trabalhador-ambiente. Porém, basta se recordar que um trabalhador adoecido em decorrência da atividade

desempenhada ou do desequilíbrio do *locus* laboral assim também o será (adoecido) não apenas no trabalho, mas em sua casa, na comunidade, no lazer, durante suas férias, enfim, seu estado de saúde repercutirá na sua condição humana em todo e qualquer contexto ambiental e situação em que integre e se encontre.

Superada a compreensão da teoria da Perspectiva Labor-ambiental, cabe, portanto, conhecer alguns dos transtornos mentais e comportamentais reconhecidos como doenças do trabalho, a partir dos dados da Secretaria da Previdência Social publicados nos Anuários Estatísticos de Acidentes do Trabalho do período de 2006 a 2017.

2 A SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR SOB O ENFOQUE DOS TRANSTORNOS MENTAIS E COMPORTAMENTAIS RECONHECIDOS COMO DOENÇAS DO TRABALHO PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL

De 2014 a 2017, transtornos mentais e comportamentais foram a terceira maior causa de afastamento dos trabalhadores brasileiros, correspondente a 17 mil casos (CHAGAS, 2017). Ademais, tais transtornos são causas de aposentadoria por invalidez e absenteísmo, com impactos socioeconômicos consideráveis, além de se encontrarem dentre as principais causas de perdas de dias de trabalho, com médias de quatro, nos casos leves, e 200 dias de trabalho, em casos graves (ALMEIDA, 2017).

O Ministério da Previdência Social divulga em seu sítio eletrônico oficial, por meio de Anuários Estatísticos de Acidentes do Trabalho (AEAT), os auxílios-doença acidentários concedidos anualmente, segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) organizada em duzentos códigos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1992). De acordo com a Lei nº 8.213/1991, o auxílio-doença acidentário é o benefício concedido, mensalmente, ao segurado da Previdência Social incapacitado para o trabalho, tendo como requisito temporal o afastamento por período superior a quinze dias em razão de acidente do trabalho² ou de doença a ele equiparada³, ou seja, relacionada ao desempenho da atividade profissional.

² O acidente do trabalho, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.367/1976, é o infortúnio decorrente da prestação laboral ou das condições em que é realizado, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1976).

³ Nos termos do art. 2º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 6.367/1976, a doença profissional ou do trabalho pode ser equiparada ao acidente do trabalho, considerada como inerente

Analisados os AEAT dos anos de 2006 a 2017, foram identificados oito transtornos mentais e comportamentais frequentes, a seguir apontados em ordem de frequência de ocorrência decrescente: **(1)** estresse (F43) – 95.359 casos; **(2)** episódios depressivos (F32) – 41.330 casos; **(3)** ansiedade (F41) – 15.778 casos; **(4)** problemas relacionados com outras circunstâncias psicossociais (Z65) – 14.479 casos; **(5)** transtorno afetivo bipolar (F31) – 4.746 casos; **(6)** transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool (F10) – 2.454 casos; **(7)** transtornos fóbico-ansiosos (F40) – 1.377 casos; e **(8)** transtorno depressivo recorrente (F33) – 926 casos.⁴

A partir dessa lista, selecionaram-se os três primeiros (e mais frequentes, na perspectiva do AEAT) transtornos mentais e comportamentais para a análise da sua inter-relação com aspectos organizacionais do meio ambiente do trabalho, relegando-se a outra oportunidade o estudo quanto aos demais.

Propõe-se, assim, neste tópico, explicar os transtornos de estresse, depressivo e de ansiedade, como transtornos mentais e comportamentais, para, posteriormente, no próximo tópico, relacioná-los a aspectos organizacionais do meio ambiente do trabalho a partir da literatura contemporânea.

O transtorno de estresse, identificado na CID-10 pelo código F43, segundo Ana Cristina Limongi França e Avelino Luiz Rodrigues (2011, p. 29), diz respeito ao “[...] conjunto de reações que um organismo desenvolve ao ser submetido a uma situação que exige esforço de adaptação”, culminando em cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaquecas, distúrbios digestivos, dores na coluna, entre outros sintomas classificados pela medicina como perturbações funcionais. De acordo com a Organização Panamericana de Saúde (2017), o estresse é uma “[...] autodefesa do organismo a uma hiperestimulação e a tentativa de a pessoa adaptar-se para enfrentar a situação.”

ou peculiar a determinado ramo de atividades e constante de relação organizada pela Previdência Social ou decorrente das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, nos termos do art. 2º, parágrafo 3º, da Lei n. 6.367/1976. (BRASIL, 1976).

⁴ Sabe-se que esses números podem ser mais elevados se considerada a “cifra oculta”, ou seja, casos não informados à Previdência Social ou não submetidos ao preenchimento da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT). De acordo com a Associação Nacional de Medicina do Trabalho (2018), empresas deixam de notificar doenças mentais, pois, além da falta de informação, quando da emissão da CAT o empregador está reconhecendo ser o causador do problema de saúde, podendo ser responsabilizado por eventuais danos ao trabalhador. Ademais, paira a equívocada ideia de que os transtornos mentais e comportamentais estão sempre e unicamente relacionados a aspectos da vida pessoal do indivíduo.

O Ministério da Saúde (2015) entende por estresse a “Reação natural do organismo que ocorre quando vivenciamos situações de perigo ou ameaça [...]”, colocando o sujeito em estado de alerta e provocando alterações físicas e emocionais. O estresse contempla duas espécies: estresse agudo, mais intenso e curto, causado, comumente, em decorrência de situações traumáticas, porém, passageiras; e o estresse crônico, mais frequente e constante no dia a dia.

Ainda, a evolução do transtorno de estresse se dá em três fases: (1) a fase de alerta, quando o sujeito entra em contato com o agente estressor, podendo experimentar os seguintes sintomas: mãos e/ou pés frios; boca seca; dor no estômago; suor; tensão e dor muscular; aperto na mandíbula; ranger os dentes; roer unhas; diarreia passageira; insônia; batimentos cardíacos acelerados; respiração ofegante; aumento súbito e passageiro da pressão sanguínea; agitação; (2) a fase de resistência, quando o organismo tenta recobrar seu equilíbrio, podendo ou não se adaptar ao problema, desencadeando os seguintes sintomas: problemas com a memória; mal-estar generalizado; formigamento nas extremidades (mãos e/ou pés); sensação de desgaste físico constante; mudança no apetite; problemas de pele; hipertensão arterial; cansaço constante; gastrite prolongada; tontura; sensibilidade emotiva excessiva; obsessão com o agente estressor; irritabilidade excessiva; redução do desejo sexual; e (3) a fase de exaustão, quando podem surgir diversos comprometimentos físicos manifestados em doenças, apresentando os seguintes sintomas: diarréias frequentes; dificuldades sexuais; formigamento nas extremidades; insônia; hipertensão arterial confirmada; problemas de pele prolongados; mudança extrema de apetite; batimentos cardíacos acelerados; tontura frequente; úlcera; impossibilidade de trabalhar; pesadelos; apatia; cansaço excessivo; irritabilidade; angústia; hipersensibilidade emotiva; perda do senso de humor. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015b).

Por sua vez, o transtorno depressivo, identificado na CID-10 pelo código F32, pode se manifestar em vários níveis (de leve a grave), combinado a sintomas psicóticos. Em todos os níveis, os sinais de ansiedade são frequentes. (DUARTE; ALMEIDA, 2015).

Segundo o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), a característica comum nas diversas modalidades de transtornos depressivos “[...] é a presença de humor triste, vazio ou irritável, acompanhado de alterações somáticas e cognitivas que afetam significativamente a capacidade de funcionamento do indivíduo”, sendo o

transtorno depressivo maior a condição clássica desse grupo de transtornos, caracterizado por episódios distintos de, ao menos, duas semanas de duração, envolvendo alterações nítidas no afeto, na cognição e em funções neurovegetativas, bem como remissões interepisódicas. Ademais, “Uma forma mais crônica de depressão, o transtorno depressivo persistente (distimia), pode ser diagnosticada quando a perturbação do humor continua por pelo menos dois anos em adultos e um ano em crianças.” (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 155).

A Resolução nº 10 da Diretoria Colegiada do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), de 23 de dezembro de 1999, no Protocolo de procedimentos médico-periciais nº 5 VII, tópico doença “episódios depressivos relacionados com o trabalho”, seção I, item I, define depressão como:

Humor deprimido, perda do interesse e prazer e energia reduzida, levando a uma fatigabilidade aumentada e atividade diminuída, sendo comum uma sensação de cansaço acentuado após esforços leves. Também podem estar presentes uma redução da concentração e atenção; da autoestima e autoconfiança; ideias de culpa e inutilidade; visões desoladas e pessimistas do futuro; ideias ou atos auto lesivas ou suicídio; sono perturbado e apetite diminuído. Manifestações atípicas são relativamente comuns, fazendo com que em alguns casos, surjam ansiedade, angústia, e agitação motora. (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 1999).

A doença é classificada em cinco níveis; do nível 1 (notase deficiência ou disfunção) ao nível 5 (constata-se disfunção ou deficiência extremas). Os níveis de deficiência impedem as funções sociais úteis, incluindo atividades da vida diária, funções sociais, concentração, persistência, ritmo e deterioração ou descompensação do trabalho (THOME, 2009). O diagnóstico exige a duração mínima dos sintomas de, ao menos, duas semanas, ainda que períodos mais curtos possam ser considerados, caso os sintomas sejam graves e de rápido início. São sintomas listados pelo Protocolo de procedimentos médicos do INSS: significativa perda de interesse ou prazer em atividades normalmente agradáveis; falta de reações emocionais a eventos ou atividades que normalmente produzem uma resposta emocional; interrupção do sono por duas horas ou mais antes do horário habitual do despertar; depressão acentuada pela manhã; evidência objetiva de

retardo ou agitação psicomotora marcante; perda de apetite; perda de peso (5% ou mais do peso corporal, no último mês); e perda da libido (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 1999).

Instalado o transtorno depressivo, podem surgir sequelas marcantes, evoluindo para transtorno de estresse pós-traumático (TEPT) ou, ainda, para modificações duradouras de personalidade. (HIRIGOYEN, 2015).

Para o Ministério da Saúde (2015a), “Há uma série de evidências que mostram alterações químicas no cérebro do indivíduo deprimido, principalmente com relação aos neurotransmissores (serotonina, noradrenalina e, em menor proporção, dopamina), substâncias que transmitem impulsos nervosos entre as células.” Adverte o órgão ministerial que “A prevalência (número de casos numa população) da depressão é estimada em 19%, o que significa que aproximadamente uma em cada cinco pessoas no mundo apresenta o problema em algum momento da vida.” De acordo com a Organização Panamericana de Saúde (2017), trata-se da segunda causa de afastamento do trabalho no território brasileiro, atrás apenas dos Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT).

Em âmbito global, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estima que a depressão afeta 4,4% da população mundial, correspondente a 322 milhões de pessoas, posicionando-se em segundo lugar dentre as doenças que causam incapacidade para o trabalho. Estima-se que até 2020 a depressão galgue o primeiro lugar.

Por fim, o transtorno de ansiedade, identificado na CID-10 pelo código F41, e mais especificamente pelo código F41-1 (ansiedade generalizada), “[...] é um sentimento vago e desagradável de medo, apreensão, caracterizado por tensão ou desconforto derivado de antecipação de perigo, de algo desconhecido ou estranho.” Assim, a ansiedade passa a ser reconhecida como patológica quando exagerada, desproporcional em relação ao estímulo ou qualitativamente diversa em comparação a outros sujeitos daquela faixa etária, interferindo na qualidade de vida, no conforto emocional ou no desempenho diário do indivíduo. (CASTILLO et al., 2000, p. 20).

De acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), “Os transtornos de ansiedade incluem transtornos que compartilham características de medo e ansiedade excessivos e perturbações comportamentais relacionados.” (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 186). Enquanto o medo é a resposta emocional a ameaça iminente real ou percebida, a ansiedade é a

antecipação de ameaça futura, podendo tais estados se sobrepor, embora o primeiro seja mais frequentemente associado a períodos de excitabilidade necessária para luta ou fuga; e a segunda, “[...] mais frequentemente associada a tensão muscular e vigilância em preparação para perigo futuro e comportamentos de cautela ou esquiva.” (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 186).

Ademais,

As características principais do transtorno de ansiedade generalizada são ansiedade e preocupação persistentes e excessivas acerca de vários domínios, incluindo desempenho no trabalho e escolar, que o indivíduo encontra dificuldade em controlar. Além disso, são experimentados sintomas físicos, incluindo inquietação ou sensação de “nervos à flor da pele”; fatigabilidade; dificuldade de concentração ou “ter brancos”; irritabilidade; tensão muscular; e perturbação do sono. (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 190).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (2017), o Brasil enfrenta uma epidemia de ansiedade, com o maior número de pessoas ansiosas do mundo: 18,6 milhões – 9,3% da população. Em âmbito global, dados da Organização Mundial de Saúde apontam a prevalência do transtorno de ansiedade de 3,6% da população mundial, com destaque para o continente americano (5,6% da população), incluindo o Brasil (9,3% da população).

Daí, portanto, a necessidade de se examinar a relação entre trabalho e adoecimento mental a partir de aspectos labor-ambientais, o que se propõe no próximo tópico, de modo a contribuir para a formulação de medidas interventivas visando ao (r)estabelecimento do equilíbrio do meio ambiente do trabalho e da saúde mental do trabalhador.

3 A INTER-RELAÇÃO ENTRE ASPECTOS ORGANIZACIONAIS, PSICOLÓGICOS E COMPORTAMENTAIS DO MEIO AMBIENTE TRABALHO: IMPACTOS NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR

Nos últimos anos, observou-se um aumento de publicações sobre saúde mental do trabalhador, apontando a interdependência entre alguns aspectos da organização do trabalho (por exemplo, intensificação do ritmo laboral, cobrança de produtividade, estrutura hierárquica assimétrica, precarização das condições de trabalho, etc.) e a saúde do trabalhador

(MUNDIM, 2012), evidenciando a inter-relação pessoa-ambiente, ou seja, entre meio ambiente do trabalho e trabalhador.

Os principais sintomas dos quais os trabalhadores se queixam aos profissionais de saúde, permitindo o diagnóstico de desgaste e sofrimento, são: insônia, cansaço, irritabilidade, dores de cabeça, palpitações, diarreias nervosas e outras alterações de natureza psicossomática. Considerando tais condições labor-ambientais, diversos quadros clínicos podem ser identificados nos desdobramentos dessa prática: depressões de diferentes categorias incluídas na Classificação Internacional de Doenças (CID-10); transtornos de estresse pós-traumático (TEPT); paranoia situacional; esgotamento profissional (síndrome de *burnout*); e dependência de bebidas alcoólicas ou drogas. Com menos frequência, podem ocorrer quadros de psicose, sobretudo em razão do agravamento do TEPT (SELIGMANN-SILVA; FIGUEIREDO; FRANCO, 2015).

Desta feita, não mais se duvida que aspectos organizacionais do *locus* laboral podem desencadear ou concorrer para o desequilíbrio labor-ambiental, impactando negativamente na saúde mental do trabalhador. Nesse sentido, Wolff (1952 apud MELO FILHO, 1992), já em 1952, demonstrou que a relação do ser humano com seu ambiente biopsicossocial pode desencadear emoções desprazerosas e diversas reações, inclusive doenças.

Ainda, na mesma direção, explica o Ministério da Saúde (2001):

A adoção de novas tecnologias e métodos gerenciais facilita a intensificação do trabalho que, aliada à instabilidade no emprego, modifica o perfil de adoecimento e sofrimento dos trabalhadores, expressando-se, entre outros, pelo aumento da prevalência de doenças relacionadas ao trabalho, como as LER/Dort; o surgimento de novas formas de adoecimento mal caracterizadas, como o estresse e a fadiga física e mental e outras manifestações de sofrimento relacionadas ao trabalho.

Por isso, os aspectos organizacionais do meio ambiente do trabalho exercem influência no equilíbrio psicossomático do trabalhador, podendo ser “[...] causa de uma fragilização somática, na medida em que ela pode bloquear os esforços do trabalhador para adequar o modo operatório às necessidades de sua estrutura mental [...]”, sendo “[...] provável que uma parte não negligenciável da morbidade somática observada entre os trabalhadores tenha a sua origem numa organização do trabalho inadequada.” (DEJOURS, 1986, p. 192).

Por organização do trabalho inadequada deve-se entender aquela aparentemente democrática, porém, eivada de autoritarismo e

arbitrariedades, afastando-se do que deveria ser o exercício responsável do poder diretivo pelo empregador; aquela centrada em metas e produtividade selvagens, demandando esforço sobre-humano dos trabalhadores para cumpri-las; aquela calcada em ameaças de dispensa e punições arbitrárias diversas; aquela que, antes de cumprida a sua obrigação contratual, exige o implemento da do trabalhador; aquela que desrespeita os direitos fundamentais e os direitos da personalidade dos trabalhadores; entre outras.

Para Dejours (1986), a organização do trabalho exerce uma ação específica no aparelho psíquico humano, desencadeando, em certas situações, um sofrimento que pode ser relacionado ao conflito entre a organização do trabalho e uma história individual, assentada em projetos, esperanças e desejos. Esse sofrimento assume variações de acordo com os atributos da organização laboral. Não bastasse, a violência da organização do trabalho, inclusive em ambientes laborais isentos de nocividade, é capaz de desencadear doenças somáticas, e não apenas transtornos mentais e comportamentais, justamente porque o aparelho mental é integrado ao funcionamento dos diferentes órgãos; ou seja, não se trata de um aparato isolado do organismo (DEJOURS, 1986). Assim sendo, a dimensão biológica do organismo humano dialoga, influencia e é influenciada por fatores psicossociais, como, por exemplo, traços da personalidade, estados emocionais e cognitivos, mecanismos de defesa, aspectos socioambientais, etc..

Ademais, as relações humanas têm a capacidade de irradiação, criando múltiplos círculos distintos, porém entrelaçados, suscetíveis a interferências e interações recíprocas. No entanto, não apenas as relações humanas têm essa capacidade; os ambientes e setores da vida em que o ser humano se insere também possuem reflexos uns sobre os outros (BARUKI, 2017), incluindo o meio ambiente do trabalho que, uma vez degenerado em decorrência de aspectos organizacionais, por exemplo, repercute nos demais contextos dos quais o trabalhador participa, podendo culminar em adoecimento. Por isto, diz-se que a saúde mental é um equilíbrio dinâmico, resultante da interação do indivíduo com os seus diversos ecossistemas (interno e externo), com as suas características orgânicas e com os seus antecedentes (FONSECA, 1985).

Lilian Carla de Almeida (2017), amparada em farta revisão bibliográfica sobre fatores de risco relacionados ao trabalho e transtornos mentais, inclui os aspectos organizacionais do meio ambiente do trabalho como um desses fatores, destacando: ritmo laboral intenso, precarização das condições de trabalho, rotinas, intervalos, desequilíbrio entre esforço e

recompensa, penosidade do trabalho, dedicação ostensiva ao trabalho, falta de transparência nos critérios de promoção e reconhecimento e período de trabalho noturno. Por isto, “[...] há evidências que se apoiam em dados científicos robustos de que a precarização das condições de desempenho laboral das classes trabalhadoras ocorridas nas últimas décadas joga um relevante papel no aumento da ocorrência dos transtornos ansiosos e de estresse [...].” (O TRABALHO..., 2019, p. 19).

Existem quatro razões principais que podem comprometer a saúde mental no contexto labor-ambiental, as quais se relacionam aos aspectos organizacionais: alta demanda de trabalho; conflitos interpessoais verticais (com superiores hierárquicos) e horizontais (entre os próprios trabalhadores); desequilíbrio entre esforço e recompensa; e dedicação excessiva ao trabalho (SILVA JÚNIOR, 2012).

Quanto ao estresse, em pesquisa realizada com 1.400 profissionais, identificaram-se onze causas de estresse no trabalho: desencontro de informações (52%); problemas com prioridade de tarefas (51%); metas irreais (49%); mudanças de prazos (47%); liderança confusa (44%); atribuição de tarefas pouco claras (44%); distorção de funções (43%); falta de colaboração e coordenação (42%); falta de força de vontade da equipe (37%); pouco envolvimento de patrocinadores (28%); e incerteza sobre o próprio papel no projeto (24%). (GUNKEL, 2015). Somam-se a esses fatores, longa jornada de trabalho, desfalque de recursos humanos, relacionamentos interpessoais; e demanda intensa de atividades laborais. (SILVA; SANTOS; NASCIMENTO, 2016; SILVA et al., 2017).

Assim, o transtorno de estresse profissional decorre das contingências vivenciadas pelo trabalhador, relacionadas com o seu ambiente de trabalho, sendo o excesso de tarefas sinônimo de considerável esforço mental e físico, podendo desencadear sintomas como fadiga, falta de memória, entre outros. Logo, “[...] entre os fatores que se deve considerar na avaliação dos processos de saúde mental no contexto laboral, estão a características da organização e as condições de trabalho” (WITTER; PASCHOAL, 2010, p. 173), cujos dados confirmam a hipótese da interdependência entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho.

No tocante ao transtorno depressivo, tem-se, como fatores preditores, por exemplo, conflitos interpessoais entre trabalhadores obrigados ao convívio – sobretudo, porém, não apenas, entre pessoas de diferentes níveis hierárquicos – eivado de desrespeito, indiferença,

depreciação, discriminação e rejeição, principalmente quando o empregador ignora o fato, considerando se tratar de assunto alheio ao trabalho.

Em revisão bibliográfica realizada por Marcela Luísa Manetti e Maria Helena Palucci Marziale (2007), considerando fatores internos e externos ao meio ambiente do trabalho, 68,2% dos participantes relacionaram a depressão à organização do trabalho (incluindo: turnos de trabalho, quantidade de empregados, reestruturações organizacionais, sobrecarga de trabalho, conflitos de interesses, segurança no trabalho); 22,7%, a relações sociais de trabalho (incluindo apoio social e relacionamento interpessoal – com superiores e pares); e 9,1%, a condições da instituição patronal. Ademais, apontam que a depressão pode trazer consequências aos trabalhadores e aos empregadores, como, por exemplo, desgaste e tensão (30%); comprometimento da saúde psicofísica(30%); insatisfação no trabalho(10%); absenteísmo(10%); prejuízo na qualidade da prestação (10%); e rotatividade (10%). Tais dados também confirmam a hipótese da interdependência entre aspectos organizacionais, psicológicos e comportamentais do meio ambiente do trabalho.

Partindo-se da premissa de que o trabalho é um dos elementos intrínsecos à condição humana, conclui-se ser ele tanto fonte de saúde como de adoecimento, a depender dos seus aspectos organizacionais e, inclusive, das mudanças no mundo do trabalho e suas consequências para o trabalhador. Por isto, diz-se que os aspectos da saúde e da doença são intrinsecamente relacionados ao contexto laboral, posto que, além do tempo diário dedicado pelo trabalhador à atividade laboral, a manutenção do trabalho também é uma forma de legitimação social, conferindo a ele um lugar no mundo. Manter-se nesse lugar depende de estratégias defensivas, de modo a se preparar para um ambiente hostil. E, evidentemente, a depressão se relaciona com tal situação, pois:

Vive-se num contexto competitivo e conflituoso que atinge os trabalhadores, independentemente da área em que atuem. O ambiente de trabalho hoje é um local de competição exigindo dos trabalhadores qualidades técnicas específicas, assim como qualidades inter-relacionais, para que possam competir na manutenção provisória do seu emprego. Além de deverem atender à demanda interna das instituições, os trabalhadores têm de dar conta de uma cobrança social exposta pelos meios de comunicação, os quais impõem o sucesso pessoal e profissional, de modo que as pessoas tendem a se sentir pressionadas e influenciadas na busca da máxima perfeição nas atividades. (CENCI, 2004, p. 42).

Assim, sobretudo no mundo contemporâneo, no qual os avanços tecnológicos ocorrem de maneira célere e intensa, os trabalhadores vão se desqualificando aos poucos, razão pela qual são sempre estimulados a se reinventarem e buscarem mais conhecimento, tornando-se vulneráveis ao desempregado e ao adoecimento mental. Não bastasse, a fragmentação do processo produtivo, afastando o trabalhador da concepção do trabalho e concentrando-o tão somente na execução, estimula o labor fragmentado e repetitivo, cuja relação desarmoniosa entre a organização do trabalho e a estrutura da personalidade do trabalhador, na visão de Dejours (1986), pode culminar em insatisfação e, por corolário, em adoecimento (incluindo transtorno depressivo).

Quanto ao transtorno de ansiedade, aspectos como “[...] exposição a baixos salários, ambientes insalubres, ruídos e calor excessivo, ao acúmulo de funções, às jornadas de trabalho que excedem a carga horária suportável e ao regime em turnos alternantes, favorecem o adoecimento dos trabalhadores [...]”, bem como a alta demanda psicológica, a baixa recompensa (incluindo remuneração), as exigências emocionais e a insegurança são fatores preditores de ansiedade (FERNANDES et al., 2018, p. 2345). Isto porque, o mercado competitivo, encorajado pelo temor do desemprego, favorece a submissão de trabalhadores a condições laborais indignas e inadequadas, marcadas por aspectos organizacionais nefastos, como os noticiados acima.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o país com maior taxa de pessoas com transtornos de ansiedade no mundo, correspondendo a 9,3% dos brasileiros, sendo o desemprego um dos fatores que pesam (CHADE; PALHARES, 2017).

Os transtornos de ansiedade atualmente são fortemente relacionados ao meio ambiente do trabalho, sobretudo aos seus aspectos organizacionais, como, por exemplo, volume de tarefas e metas agressivas, desencadeando sintomas como dificuldade de concentração, prejuízo das relações com clientes e colegas, insegurança e desistência de tarefas em decorrência do temor de falhar. Tal manifestação, além de culminar em consequências físicas negativas, também tem implicações hormonais, inibindo a capacidade de raciocínio e a tomada de decisões, de modo a despertar no trabalhador o medo do desemprego ou de ser visto como improdutivo. As emoções se sobrepõem à razão, dificultando a execução do trabalho e, até mesmo, favorecendo a descrença do trabalhador no próprio potencial.

Em suma, o adoecimento mental do trabalhador pode encontrar causa em aspectos da organização do trabalho, por exemplo, enrijecimento do controle e/ou da fiscalização, disparidade entre as exigências e as capacidades dos trabalhadores, multiplicidade de tarefas, precária segurança, baixa remuneração ou atraso de pagamento, intensificação do ritmo de trabalho, cobrança excessiva de produtividade, pressões, humilhações e constrangimentos. Na maioria dos casos, o sofrimento do trabalhador, ao invés de ser tratado por meio de condições labor-ambientais adequadas e equilibradas, sobretudo, organizacionais, de acordo com David Oliveira de Souza (2014), passa a ser administrado com anti-inflamatórios, antidepressivos e ansiolíticos, ignorando a causa (real ou potencial) do adoecimento.

Trata-se a doença e não o paciente, procrastinando o seu pleno restabelecimento que poderia ocorrer por meio de tratamentos mais adequados e eficazes que, de fato, enfrentassem a causa do adoecimento mental, por vezes, relacionada ao meio ambiente do trabalho do qual o trabalhador adoecido faz parte.

CONCLUSÃO

Conquanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 houvesse optado, propositalmente, por um conceito jurídico aberto de meio ambiente do trabalho (artigos 225 e 200, inciso V), visando não preterir nenhuma de suas configurações caso adotasse uma conceituação imprecisa, optou-se, nesta abordagem, pela Perspectiva Labor-ambiental, como matriz teórica, com a finalidade de predizer aspectos constituintes do *locus* laboral, a fim de dar concretude ao aludido instituto. Isto porque a efetivação do equilíbrio do meio ambiente do trabalho é corolário da compreensão de seus atributos sociopsicofísicos e da maneira como tais aspectos se inter-relacionam.

De acordo com a teoria da Perspectiva Labor-ambiental, o meio ambiente do trabalho é constituído tanto por aspectos físicos (geográficos, arquiteturais-tecnológicos, socioculturais e organizacionais) como por aspectos pessoais (biogenéticos, comportamentais e psicológicos), os quais são inter-relacionados e produzem tanto mudanças quanto continuidade nas características do trabalhador. Tais aspectos são inter-relacionados e, ainda, podem ser influenciados por atributos sociais, culturais, econômicos, políticos e jurídicos intrínsecos ao sistema no qual o meio ambiente do trabalho se encontra imerso. Ademais, são igualmente influenciados por outras manifestações ambientais do meio ambiente humano.

Ignorar o conteúdo dinâmico (e humano) do meio ambiente do trabalho, quais sejam, os aspectos pessoais (biogenéticas, psicológicos e comportamentais) – atrelados à figura do trabalhador, do empregador e de outros que vivenciam o contexto laboral – é também negar a inter-relação pessoa-ambiente (no caso, trabalhador-ambiente), bem como a existência transtornos mentais e comportamentais decorrentes da atividade laboral, sobretudo desencadeados por aspectos organizacionais inadequados.

Por isto, optou-se, nesta abordagem, por examinar a interdependência entre aspectos organizacionais (aspecto ambiental), comportamentais e psicológicos (aspectos pessoais), constituintes do meio ambiente do trabalho à luz da teoria da Perspectiva Labor-ambiental, e sua relação com alguns transtornos mentais e comportamentais frequentemente diagnosticados para a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez pela Previdência Social.

Verificou-se, junto ao AEAT da Previdência Social, que dentre os acidentes do trabalho representados pelos 200 códigos da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) mais incidentes no Brasil, no período de 2006 a 2017, oito se relacionam à saúde mental dos trabalhadores; deste montante, foram selecionados os três transtornos mentais e comportamentais mais frequentes: de estresse, depressivo e de ansiedade.

Observou-se, por conseguinte, que tais transtornos, conforme evidenciado pela literatura, possuem estreita relação com aspectos organizacionais do meio ambiente do trabalho, como, por exemplo: alta demanda de trabalho; conflitos interpessoais verticais (com superiores hierárquicos) e horizontais (entre os próprios trabalhadores); desequilíbrio entre esforço e recompensa; dedicação excessiva ao trabalho; enrijecimento do controle e/ou da fiscalização; disparidade entre as exigências e as capacidades dos trabalhadores; falta de transparência nos critérios de promoção e reconhecimento; segurança precária; ritmo laboral intenso; cobrança excessiva de produtividade; pressões; humilhações e constrangimentos.

Nesta senda, impõe-se a necessidade de se compreender que qualquer intervenção no meio ambiente do trabalho, mesmo aquelas decorrentes do poder diretivo do empregador, deve primar pela manutenção do equilíbrio labor-ambiental, como medida de efetivação dos primados fundamentais da valorização do trabalho humano, da dignidade da pessoa

humana, do direito ao trabalho, do trabalho decente e do meio ambiente do trabalho equilibrado; todos expressamente consagrados na Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Carla de. **Fatores relacionados ao trabalho remunerado entre indivíduos com transtorno mental.** 2017. 70 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ALMEIDA, Victor Hugo de. **Consumo e Trabalho:** impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador. 2013. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ALMEIDA, Victor Hugo de; COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs. Meio ambiente do trabalho e proteção jurídica do trabalhador: (re)significando paradigmas sob a perspectiva constitucional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coords.). **Direito ambiental do trabalho:** apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2013. v. 1. p. 135-136.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais:** DSM-5. 5. ed. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento et al.; revisão técnica Aristides Volpatto Cordioli et al. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE MEDICINA DO TRABALHO. Ansiedade e depressão: empresas deixam de notificar doença mental. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2019/02/12/ansiedade-e-depressao-empresas-deixam-de-notificar-doenca-mental/>. Acesso em: 8 out. 2019.

BARUKI, Luciana Veloso. **Saúde mental e trabalho:** uma proposta de norma regulamentadora sobre os riscos psicossociais no trabalho a partir de reflexões sobre os sistemas francês e brasileiro. 2017. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Proteção jurídica à saúde do trabalhador: uma necessária (re)leitura constitucional. **Revista LTr**, São Paulo, SP, ano 74, n. 01, p. 24-29, jan. 2010.

BRASIL. Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 21 out. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6367.htm. Acesso em: 8 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde. Série A. **Normas e Manuais Técnicos**, Brasília, DF, n. 114, 2001. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho1.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

CAMPOS-DE-CARVALHO, Mara Ignez; CAVALCANTE, Sylvia; NÓBREGA, Lana Mara Andrade. Ambiente. In: CAVALCANTI, Sylvia; ELALI, Gleice A. **Temas básicos em Psicologia Ambiental**. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 28-43.

CASTILLO, Ana Regina GL et al. Transtornos de ansiedade. **Rev. Bras. Psiquiatr.**, São Paulo , v. 22, supl. 2, p. 20-23, dez. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-4446200000600006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 out. 2019.

CENCI, Cláudia Mara Bosetto. Depressão e contexto de trabalho. **Aletheia**, Canoas, n. 19, p. 31-44, jun. 2004. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942004000100004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 9 out. 2019.

CHADE; Jamil; PALHARES, Isabela. Brasil tem maior taxa de transtorno de ansiedade do mundo, diz OMS. **Estadão**, São Paulo, 23 fev. 2017. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-maior-taxa-de-transtorno-de-ansiedade-do-mundo-diz-oms,70001677247>. Acesso em: 9 out. 2019.

CHAGAS, Paulo. Os transtornos mentais e comportamentais ocupam o terceiro lugar em número de concessão de auxílio-doença pela Secretaria da Previdência; 80% são casos de depressão. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 26 abr. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-04/transtornos-mentais-sao-terceira-maior-causa-de-afastamento-do-trabalho>. Acesso em: 31 maio 2019.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7-11, 1986.

DUARTE, Renan Fernandes; ALMEIDA, Victor Hugo de. O assédio moral como causador de doença ocupacional. **Revista Laborativa**, Assis, SP, v. 4, p. 4-25, 2015. Disponível em: <https://ojs.unesp.br/index.php/laborativa/article/view/1211>. Acesso em: 30 maio 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, RS, v. 14, n. 162, p. 122-153, dez. 2001.

FERNANDES, Márcia Anstrês et al. Prevalência dos transtornos de ansiedade como causa de afastamento de trabalhadores. **Rev. Bras. Enferm.**, n. 71, supl. 5, p. 2344-2351, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/reben/v71s5/pt_0034-7167-reben-71-s5-2213.pdf. Acesso em: 8 out. 2019.

FONSECA, Antonio Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1985.

GUNKEL, Nicolas. As 11 maiores causas de estresse no trabalho. **Exame**, 13 out. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/carreira/ass-11-maiores-causas-de-estresse-no-trabalho/>. Acesso em: 5 out. 2019.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho:** redefinindo o assédio moral. Tradução de Rejane Janowitz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015.

LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina; RODRIGUES, Avelino Luiz. **Stress e trabalho:** uma abordagem psicossomática. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MANETTI, Marcela Luísa; MARZIALE, Maria Helena Palucci. Fatores associados à depressão relacionada ao trabalho de enfermagem. **Estud. psicol.**, Natal, v. 12, n. 1, p. 79-85, abr. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2007000100010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 out. 2019.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador:** responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

MELLO FILHO, Júlio de. **Psicossomática hoje**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Resolução DC/INSS nº 10, de 23/12/1999. Aprova os Protocolos Médicos, com alterações realizadas pela Coordenação Geral de Benefícios por Incapacidade da Diretoria de Benefícios e dá outras Providências. **Legisweb**, São Paulo, 23 dez. 1999. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=97218>. Acesso em: 31 maio 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde. Brasília, DF, 2001. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf. Acesso em: 31 maio 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Depressão. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, DF, 9 set. 2015a. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/dicas-em-saude/2049-depressao>. Acesso em: 08 out. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Estresse. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, DF, 10 set. 2015b. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/dicas-em-saude/2068-estresse>. Acesso em: 8 out. 2019.

MUNDIM, Maria Célia Bruno. Saúde mental e trabalho: levantamento das publicações na Scielo e Pepsic. **Revista do Departamento de Ciências Humanas e do Departamento de Psicologia Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n. 36, p. 110-119, jan./jun. 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Graduação das concausas nas indenizatórias decorrentes das doenças ocupacionais. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 9, ano 77, p. 1031-1040, set. 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde – CID-10. 1992. Disponível em: <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>. Acesso em: 31 maio. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Depression and other common mental disorders: global health estimates. Geneva, 4 nov. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/254610/1/WHO-MSD-MER-2017.2-eng.pdf>. Acesso em: 8 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. Com depressão no topo da lista de causas de problemas de saúde, OMS lança a campanha “Vamos conversar”. Washington, 30 mar. 2017.

Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5385:com-depressao-no-topo-da-lista-de-causas-de-problemas-de-saude-oms-lanca-a-campanha-vamos-conversar&Itemid=839. Acesso em: 31 maio 2019.

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito ambiental do trabalho:** mudança de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2002.

SELIGMANN-SILVA, Edith; FIGUEIREDO, Marcelo; FRANCO, Tânia. As relações contemporâneas entre meio ambiente, trabalho e saúde mental. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães [et al.] (Coords.). **Direito ambiental do trabalho:** apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2015. v. 2.

SILVA, Damiana Paula da; SANTOS, Nadson Ricly Oliveira dos; NASCIMENTO, Luzia Kelly Alves da Silva. Fatores que influenciam o estresse ocupacional na enfermagem. **Revista Cultural e Científica do UNIFACEX**, v. 14, n. 2, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifacex.com.br/Revista/article/download/858/pdf>. Acesso em: 8 out. 2019.

SILVA, Jéssica Oliveira da; et al. A correlação existente entre o estresse no ambiente de trabalho e doenças psicossomáticas. **Revista Científica da Faculdade de Educação e Meio Ambiente**, Ariquemes, v. 8, n. 2, jul./dez., 2017. Disponível em: <http://repositorio.faema.edu.br:8000/jspui/bitstream/123456789/1716/1/da%20SILVAet%20al..pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

SILVA JUNIOR, João Silvestre da. **Afastamento do trabalho por transtornos mentais e fatores associados:** um estudo caso-controle entre trabalhadores segurados da Previdência Social. 2012. 124 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Ambiental) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SOUZA, David Oliveira de. O trabalhador e os acidentes evitáveis. **Folha de S. Paulo**, 1 maio 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/05/1448085-david-oliveira-de-souza-o-trabalhador-e-os-acidentes-evitaveis.shtml>. Acesso em: 31 maio 2019.

THOME, Candy Florencio. **O assédio moral nas relações de emprego.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Da psicodinâmica do trabalho ao direito fundamental ao conteúdo do próprio trabalho e ao meio ambiente organizacional saudável. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 10, n. 1, p. 193-217, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19239/pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

WITTER, Geraldina Porto; PASCHOAL, Giovana Ardoino. Estresse profissional na base SciELO. **Brazilian Journal of Health**, São José dos Pinhais, v. 1, n. 3, p. 171-185, set./dez. 2010. Disponível em: <http://inseer.ibict.br/bjh/index.php/bjh/article/viewFile/42/65>. Acesso em: 8 out. 2019.

A IMPOSSIBILIDADE DE DECISÃO ILÍQUIDA COMO EMPECILHO AO ACESSO À JUSTIÇA NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA

THE IMPOSSIBILITY OF UNDEFINED VARIABLE DECISIONS AS AN OBSTACLE TO ACCESS TO JUSTICE IN THE SPECIAL COURT OF THE PUBLIC TREASURY

Eloy Pereira Lemos Junior*
Wanderson Dias Fernandes**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O devido processo legal como direito fundamental e instrumento indispensável à jurisdição. 2 A crise da justiça e o rito dos Juizados Especiais como solução parcial. 3 A competência absoluta, a possibilidade de pedido genérico e a inexistência de liquidação de sentença nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Conclusão. Referências.

RESUMO: Com a introdução no sistema jurídico pátrio do microssistema dos juizados especiais como forma de mitigar a litigiosidade contida ou reprimida, o artigo analisa as dificuldades apresentadas nos processos que obrigatoriamente tramitam sob o rito da Lei 12.153, de 22.12.2009, tendo em vista a utilização subsidiária da Lei 9.099, de 26.09.1995, bem como do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16.03.2015, considerando a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública e que nem sempre é possível ao autor delimitar no início do processo o valor exato da obrigação, fato que, por si só, não impede o ajuizamento, pois se admite pedido genérico. Porém, uma vez que no microssistema dos juizados não existe a fase de liquidação de sentença, pode ocorrer de o autor não conseguir liquidar a obrigação durante a fase probatória, situação que causa a extinção do processo sem resolução do mérito ou a entrega uma prestação incompleta.

Palavras-chave: Juizado Especial. Fazenda Pública. pedido genérico. liquidação.

ABSTRACT: With the introduction in the legal system of the microsystem of special courts as a way to mitigate the contained or repressed litigation, the article analyzes the difficulties presented in the cases that are mandatorily processed under Law 12.153 of December 22, 2009, with a view to the use subsidiary of Law 9,099 of September 26, 1995, as well as of the New Code of Civil Procedure, Law

* Doutor em Direito pela UFMG com pós-doutorado em Direito Empresarial (PUC-MG) e Administração de Empresas (FUMEC). Mestre. Especialista pela Universidade de Lisboa. Avaliador INEP/MEC. Professor de pós-graduação e graduação. Autor e avaliador de artigos qualificados CAPES. Pesquisador e advogado.

** Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Especialista em Psicopedagogia e Interdisciplinaridade pela Universidade de Itaúna. Mestrando no Programa de pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna. Docente na Faculdade Pitágoras em Divinópolis/MG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais.

Artigo recebido em 31/01/2019 e aceito em 19/03/2019.

Como citar: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; FERNANDES, Wanderson Dias. A impossibilidade de decisão ilíquida como empecilho ao acesso à justiça no Juizado Especial da Fazenda Pública. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 37, p. 239-258. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

13,105, dated 03.03.2015, considering the absolute jurisdiction of the Special Court of the Public Treasury and that it is not always possible for the author to delimit at the beginning of the process the exact amount of the obligation, which, in itself, does not prevent the filing, since a generic request is admitted. However, since in the microsystem of the courts there is no sentence settlement phase, it may occur that the author is unable to settle the obligation during the probationary phase, which causes the termination of the case without resolution of merit or provides an incomplete benefit.

Keywords: Special Court. Public Treasury. generic request. settlement.

INTRODUÇÃO

Desde que o Estado trouxe para si o poder dever de aplicar o direito ao caso concreto procura-se uma forma adequada de fazê-lo, senão a melhor, pelo menos aquela que mais se aproxime de uma justiça ideal que, em um conceito simples importado da filosofia, podemos definir como dar a cada um aquilo que é seu. Apesar da simplicidade do conceito colocá-lo em prática tem se mostrado uma tarefa lenta, complexa, com avanços e retrocessos, pois toda escolha traz em si uma perda. Nesta difícil tarefa, deve-se procurar um método lógico e capaz de atender as demandas sociais e individuais que respeite os direitos e garantias fundamentais.

Hodiernamente, este método é denominado de devido processo legal, estabelecido no 5º, inciso LIV¹ da Constituição Federal vigente, cabendo aos poderes constituídos e à comunidade jurídica definirem bases legais e principiológicas adequadas, aceitáveis, transparentes e, na medida certa, participativa dos envolvidos no litígio que, se não alcancem uma justiça ideal, trate os litigantes de forma isonômica.

Nesse sentido é que se desenvolve a discussão, se a competência absoluta estabelecida no rito procedural da Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que definiu o procedimento dos juizados especiais da fazenda pública, é compatível com a impossibilidade de liquidação de sentença prevista no microssistema dos juizados especiais.

Inicialmente será abordado o reconhecimento do processo como direito e garantia fundamental e como instrumento útil, necessário e imprescindível na busca de uma prestação jurisdicional isonômica e sua regulamentação em diplomas nacionais.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Serão trabalhados os motivos da promulgação das leis que disciplinaram os procedimentos dos juizados especiais estaduais e da fazenda pública.

Será realizada uma contextualização do sistema processual tradicional, a denominada crise da justiça e a introdução no sistema jurídico do microssistema dos juizados especiais como forma de solucionar, ainda que parcialmente, a denominada litigiosidade contida ou reprimida.

Por fim, será feita uma análise sobre a competência no processo civil, especificamente sobre a obrigatoriedade de se ajuizar as ações contra a fazenda pública sob o rito da Lei 12.153/09, a possibilidade de se fazer pedido genérico e se a obrigatoriedade de o autor ter que liquidar o pedido durante o instrução do feito de forma a possibilitar ao magistrado a prolação de sentença líquida está em consonância com a Constituição Federal, principalmente se não se trata de um obstáculo de acesso à justiça.

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E INSTRUMENTO INDISPENSÁVEL À JURISDIÇÃO

O consenso sobre uma definição de direito fundamental é algo impossível, uma vez que os direitos reconhecidos como fundamentais variam dependendo do momento histórico. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que é um conceito mutante, desta forma a compreensão de um direito como fundamental dependerá do momento histórico em que foi produzido.

Tendo como parâmetro a evolução histórica e constitucional em que foram concebidos, ensina Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17/11/95).

Importa destacar que, além da tradicional classificação tripartite dos direitos fundamentais, existem posições doutrinárias que sustentam a existência dos direitos de quarta geração, como aqueles decorrentes da evolução da manipulação da engenharia genética e à globalização política; direitos de quinta geração, como aqueles ligados à evolução tecnológica, precisamente a cibernética, que tem por objetivo, em uma definição simplificada, a criação de mecanismos artificiais e inteligentes; como direito de quinta geração costuma-se incluir o direito à paz. Por fim, ganha defensores a existência uma nova geração de direitos, que seria o direito à água potável, classificado como direito de sexta geração.

Sabe-se que considerável corrente doutrinária sustenta que os direitos fundamentais são direitos naturais, uma vez que decorrem da própria natureza humana, não exigindo para que sejam reconhecidos qualquer dispositivo legal. Neste sentido, afirma-se que os direitos humanos são inatos, invioláveis e indisponíveis.

Não se tem por objetivo no presente trabalho discutir quais e quantas são as gerações dos direitos fundamentais, nem mesmo questionar qualquer definição que se faça, nem as características que lhes são atribuídas, mesmo porque será trabalhada a ideia de direitos fundamentais como instituições essenciais e indispensáveis ao funcionamento da sociedade moderna.

Utilizando, como ponto de partida, a explicação de José Emílio Medauar Ommati (2018) que defende que o importante não é definir direitos fundamentais, mas compreendê-los:

Os direitos fundamentais foram e são responsáveis pela manutenção da própria diferenciação funcional da sociedade, impedindo que haja uma confusão entre os diversos sistemas da sociedade diferenciada. Assim, por exemplo, os direitos de igualdade e liberdade, permitem uma troca de informações entre os sistemas de Direito, da Política e da Economia, de modo que não haja uma diferenciação da Economia, da Política e do Direito. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, são compreendidos como instituições fundamentais para o próprio funcionamento da sociedade moderna. Eles possibilitam que as informações do ambiente do Direito sejam recebidas pelo Direito e tratadas de acordo com o código do Direito, mantendo a diferença sistema/ambiente, de modo a que as alternativas para decisão sempre se mantenham em número elevado. Assim, ao mesmo tempo em que reduzem a complexidade, os direitos fundamentais são fator de incremento de complexidade.

Isso não impede que os direitos fundamentais também cumpram um papel essencial no interior do sistema jurídico. Eles são mecanismos indispensáveis para que o direito humano fundamental e universal de qualquer pessoa ser tratada com igual respeito e consideração possa ser desenvolvido em cada ordenamento jurídico particular (OMMATI, 2018, p. 34)

Considerando os direitos fundamentais como instituições essenciais e indispensáveis ao funcionamento da sociedade moderna e o seu papel essencial para que todos sejam tratados com igual respeito e consideração deve-se discutir se o devido processo legal pode ser considerado como direito fundamental e se desempenha papel essencial na organização e funcionamento do corpo social que possibilite que todos sejam tratados de forma isonômica, gerando um sentimento de funcionamento adequado do sistema processual e trazendo credibilidade às decisões judiciais sob os aspectos individual e coletivo.

Apesar de parecer óbvia a resposta, importa tecer algumas considerações sobre o tema, pois qualquer conclusão sem a devida fundamentação não merecerá credibilidade, pois o que realmente importa é a autoridade do argumento e não o argumento da autoridade. Nesta senda, sabe-se que o princípio do devido processo legal teve sua origem na *Magna Charta Libertatum*, de 1.215, que limitou o poder absoluto do soberano.

Não bastasse a importância histórica do tema, a Constituição da República adotou, de forma expressa, o referido princípio, havendo consenso doutrinário que referido princípio é o norteador de todos os demais princípios processuais. Conforme explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Tratando-se de um princípio-base, com conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade e ao ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal. Não foi essa, entretanto, a opção do direito pátrio, que, além da previsão do devido processo legal, contém previsão de diversos outros princípios que dele naturalmente decorrem, tais como o contraditório, a motivação das decisões, a publicidade a isonomia (NEVES, 2017, p. 174).

Atualmente, como forma de impedir o arbítrio, defende-se que o princípio deve ser analisado e observado na elaboração e interpretação das

leis, de forma a se impedir a edição ou aplicação de normas irrazoáveis ou desproporcionais, é o que, doutrinariamente, se denomina devido processo em sentido substancial. Já o denominado devido processo legal em sentido formal, diz respeito à atuação do juiz no caso concreto. Conforme explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

No sentido formal encontra-se a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condução do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos” (NEVES, 2017, p. 174).

Uma vez que a Constituição traz expressamente entre os direitos e garantias fundamentais o devido processo legal seria fácil defendê-lo como tal, mas o princípio só terá significado se puder ser utilizado como instituição indispensável ao funcionamento do organismo social. Neste contexto, pode-se dizer que o princípio em questão deve ser analisado como um comando que deve ser observado por todos os envolvidos em um processo judicial e, desta forma, deverá ser aplicado de maneira a se buscar uma prestação jurisdicional efetiva e dotada de credibilidade junto à coletividade.

Em suma, não basta descrever que o devido processo legal como direito fundamental, é imprescindível que ele seja efetivamente utilizado como instituição que garanta a funcionalidade do sistema processual e seja um fiador da estabilidade social emprestando credibilidade às decisões judiciais, tratando a todos os envolvidos com igual respeito e consideração. Dentro deste contexto e assim utilizado pode-se definir o devido processo legal como direito e garantia fundamental.

2 A CRISE DA JUSTIÇA E O RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS COMO SOLUÇÃO PARCIAL

A questão da prestação jurisdicional a tempo e modo adequados não é um problema recente, Rui Barbosa já afirmava que a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifestada.

Muitos são os fatores que influenciavam, alguns ainda influenciam, na demora do trâmite processual, dentre eles estava a divisão dos processos em processo de conhecimento, no qual se levava ao conhecimento do juiz os fatos e a pretensão que somente seria atendida após uma série de atos,

dentre eles distribuição, autuação, citação, impugnação, especificação de provas, decisões interlocutórias, recursos, instrução probatória com todas as suas nuances, alegações finais quando, finalmente, era proferida uma sentença de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória.

Após um longo período aguardando a entrega da prestação jurisdicional no processo de conhecimento, como regra, a parte sucumbente normalmente não se convencia com a decisão e interpunha os recursos permitidos em lei, dentre eles: embargos declaratórios, apelação, embargos infringentes, recurso especial e extraordinário. Não raras vezes eram impetrados mandados de segurança e medidas cautelares inominadas para conseguir efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, além de recursos regimentais.

Terminada a fase recursal no processo de conhecimento e se a sentença tivesse natureza condenatória iniciava-se um novo processo, muitas vezes precedido de uma fase denominada de liquidação de sentença, que, apesar de não haver consenso quanto à sua natureza jurídica, é um verdadeiro incidente processual destinado a quantificar o valor exato da condenação, não existindo consenso se de natureza declaratória ou constitutiva. Conforme explica Antônio Carlos Marcato:

Incidente processual é um momento novo no processo, formado por um ou mais atos inseridos ou não no procedimento previsto em lei e permite a decisão de questão incidente ou mesmo a apreciação da existência dos requisitos para sua admissibilidade no processo. Portanto, é também certo afirmar-se que a liquidação de sentença constitui apenas um procedimento incidental (e nunca ação ou processo incidental)”. (MARCATO, 2008, p.1538).

Importa ressaltar que, dependendo o tipo de liquidação, o incidente tinha um trâmite com prazo superior ao próprio processo de conhecimento que originou a sentença liquidanda. Somente para se ter uma ideia da *via crucis* processual, a denominada liquidação por artigos era e é utilizada quando tem que se provar fato novo, conforme explica Vicente Greco Filho.

Fato novo é o fato pertinente ao valor que não foi considerado na sentença exatamente porque a sentença não o fixou; não quer dizer fato superveniente. O fato pode ser, até anterior a sentença, mas é novo para o processo porque não serviu de fundamentação à condenação. (MARCATO, 2008, p.1538)

Havendo que se provar fato novo, que não pode ser confundido com fato superveniente, a liquidação de sentença, conforme já explicado, devia ser

feita por artigos, que observava o rito adotado no processo que originou a sentença liquidanda, ordinário ou sumário. No novo CPC, apesar de não utilizar a expressão liquidação por artigos, prevê um procedimento único quando se tiver de provar fato novo, qual seja, a utilização do procedimento comum. A decisão que julgava a liquidação de sentença, isto no Código de Processo Civil de 1973, também era impugnada por meio de apelação e, novamente, iniciava-se a uma nova fase recursal, ainda que o objeto do recurso fosse restrito.

Não havendo necessidade de liquidar a sentença ou após realizada a liquidação, o credor, para ver satisfeita a obrigação reconhecida no título executivo judicial precisava iniciar um novo processo, denominado processo de execução e, novamente, o sucumbente podia se defender por meio de embargos à execução e contra a decisão que julgava improcedente os embargos podia-se impetrar os recursos acima relatados. Nesse contexto não era incomum apresentar exceção de pré-executividade e mandados de segurança de toda espécie visando postergar os efeitos da sentença.

Rejeitados os embargos à execução ainda era possível a ação rescisória e a ação de *querela nullitatis insanabilis*, que nada mais é que uma ação declaratória de nulidade. Não raras vezes, o credor somente conseguia fazer valer o título executivo judicial se houvesse tomado providências judiciais para impedir que o devedor dilapidasse o patrimônio com vendas ou doações muitas vezes simuladas. Para evitar a ruína do patrimônio que posteriormente viria garantir a satisfação do crédito utilizava-se do processo cautelar, que era denominado instrumento do instrumento, ou seja, se o processo de conhecimento é o instrumento para a aplicação do direito ao caso concreto o processo cautelar era o instrumento para garantir a eficácia do processo de conhecimento.

Sabe-se que muitas vezes após uma longa batalha judicial que, facilmente, transcorria por prazo superior a uma década, o credor simplesmente não encontrava bens para garantir a satisfação do crédito reconhecido na sentença. Soma-se às dificuldades impostas pela divisão do processo (conhecimento, cautelar e execução) ao denominado tempo morto e temos as condições quase que ideais para que a prestação jurisdicional não seja efetiva. Sobre o denominado tempo morto explica Gisele Mascarelli Salgado:

Em linhas gerais pode-se dizer que o tempo morto no processo judiciário é o tempo em que o processo judiciário está em andamento, sem estar correndo o prazo dos atos processuais. O tempo morto é aquele em que não há efetivamente atos processuais que levem ao fim do processo, garantindo a

paz social com a resolução dos conflitos. No período que denominamos tempo morto o processo judiciário está na mão da burocracia estatal judiciária, para que esse volte novamente a ser movimentado pelas partes ou terceiros. (MASCARELLI SALGADO, 2007)

Em linhas acima discorremos sobre alguns fatores que dificultavam, ou mesmo impossibilitam a prestação jurisdicional tempestiva, mas ainda falta uma condição que não pode ser desprezada, qual seja, a inexistência de controle sobre a tempestividade dos atos do juiz, que não tinha metas definidas ou ordem de julgamento dos processos. Todos esses fatores aliados a um número expressivo de demandas judiciais, falta de estrutura e pessoal e tínhamos as condições necessárias para que milhões de processos não fossem solucionados em definitivo.

Os fatos acima relatados, aliados às despesas necessárias para o ajuizamento de ações marginalizava a população, principalmente a de baixa renda, gerando a denominada crise do judiciário.

Uma vez reconhecida a premente necessidade de mudança, houve diversas providências objetivando a celeridade na prestação jurisdicional, dentro deste contexto foi editada a Lei 7.244/84, denominada Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas, escrevendo sobre a referida lei explica Kazuo Watanabe:

As controvérsias surgidas giraram em torno de alguns aspectos secundários da proposta, como por exemplo a faculdade de patrocínio da causa por advogado. Quanto à ideia-matriz, porém, que é de facilitar o acesso à Justiça, pouca voz discordante se ouviu. Algumas pessoas procuraram substituir a ideia de criação do Juizado Especial de Pequenas Causas pela proposta de aperfeiçoamento do procedimento sumaríssimo, não se dando conta de que não se tratava de mera formulação de um novo tipo de procedimento, e sim de um conjunto de inovações, que vão desde a nova filosofia e estratégia no tratamento dos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação procedural (WATANABE et al, 1985, p.1)

A Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas tinha por objetivo principal permitir o acesso da população, não só a de baixa renda, mas principalmente ela, ao poder judiciário. Porém, além do objetivo principal, teve um êxito imediato na solução eficiente e rápida de litígios, sendo referido instrumento legislativo, posteriormente, aperfeiçoado com a promulgação da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, de natureza processual

e introduzido na legislação pátria em virtude do artigo 98 da Constituição Federal² que representou um avanço na prestação jurisdicional, citando lições de Adroaldo Furtado Fabrício, explica Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior:

Não se trata de simples acréscimo à categoria dos processos que se precisavam acomodar formalmente à configuração diferenciada do órgão julgador (feitos da competência do Tribunal Júri, processos da competência originária dos colegiados etc.): aqui, procedimento e juízo são especificamente criados um para o outro, com vistas a um determinado objetivo e no pressuposto de que a operação de um supõe a presença de seu correspondente. Tal é o caso dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas, umbilicalmente ligados ao procedimento que para eles se criou, especial e exclusivo. No Direito Comparado, seus equivalentes estariam, *verbi gratia*, nos *small claim courts* da prática norte-americana e talvez nos multisseculares Tribunales de las Aguas de Espanha, particularmente o de Valência. (TOURINHO NETO et al, 2006, p.49)

Em uma análise um pouco mais aprofundada da Lei dos Juizados especiais conclui pelo acerto da lição, qual seja, trata-se de um procedimento especial e exclusivo, tanto é que o legislador não fez referência à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Como regra eventuais omissões da Lei 9.099/95 deverão ser solucionadas em conformidade com os princípios norteadores do microssistema, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, mesmo porque o artigo 6º da referida lei permite ao juiz adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Considerando o disposto na Lei 9.099/95, resta claro que a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil somente será possível quando a própria Lei dos Juizados Especiais assim o determinar ou quando houver compatibilidade com os critérios estabelecidos na Lei Especial, inclusive foi o entendimento adotado pelo Enunciado 161 do Fonaje “Considerado o princípio da especialidade, o CPC/2015 somente

² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

terá aplicação ao Sistema dos Juizados Especiais nos casos de expressa e específica remissão ou na hipótese de compatibilidade com os critérios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95”.

O microssistema introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 9.099/95 cumpriu o seu objetivo principal, qual seja, facilitar o acesso à justiça, dando vazão à denominada litigiosidade contida, Humberto Lima de Lucena Filho, citando Kazuo Watanabe (1985, p.2), assim explica:

A situação ainda é agravada pela existência do que KAZUO WATANABE (1985, p.2) denomina de litigiosidade contida ou reprimida. Trata-se daqueles conflitos que não foram judicializados por um acesso à justiça deficitário, descrédito nas instituições ou resignação das partes, mas nem por isso deixam de existir e demandar uma solução. Estas situações são solucionadas pela renúncia do direito por uma das partes ou prevalência da autotutela. Isto pode desembocar numa onda de violência à margem do Poder Estatal. (LUCENA FILHO, 2018, p. 17)

A Lei 9.099/95 permitiu o acesso de grande parte da população marginalizada à justiça, resolvendo questões que, até então, não eram ajuizadas em virtude das dificuldades apresentadas pelo processo tradicional e acima retratadas. Mas, uma vez que na referida lei, em seu artigo 3º, §2º³ excluía da competência dos juizados especiais cíveis as causas de interesse da Fazenda Pública, aqueles que tinham pendências junto à administração pública e necessitassem de um provimento judicial somente poderiam obtê-lo seguindo o procedimento comum.

Considerando que historicamente o poder público está entre os maiores demandistas e a premente necessidade de permitir meios para que jurisdicionados, de forma célere, fizessem valer seus direitos também em face dos entes públicos estaduais, municipais e do Distrito Federal, cujo valor da causa não ultrapassasse 60 (sessenta) salários mínimos, instituiu-se o microssistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por meio da Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009, representando, a exemplo da Lei 9.099/95, considerável avanço na prestação jurisdicional, mas passível de melhorias, dentre elas na definição da competência.

³ Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: (...)

⁴²⁰ Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

3 A COMPETÊNCIA ABSOLUTA, A POSSIBILIDADE DE PEDIDO GENÉRICO E A INEXISTÊNCIA DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Com a entrada em vigor da Lei do Juizado Especial da Fazenda Pública, o microssistema dos juizados especiais da Justiça comum dos Estados e do Distrito Federal passou a ser composto pelos juizados especiais cíveis e criminais, regidos pela Lei 9.099/95, e pelos juizados especiais da fazenda pública, regulamentado pela Lei 12.153/09.

Diversamente da competência relativa do juizado especial comum, no qual a parte poderá optar em ajuizar a ação perante este seguindo o rito estabelecido no microssistema, desde que observado o disposto no artigo 3º⁴ da Lei 9.099/95, ou perante um juízo cível, seguindo o rito estabelecido no Código de Processo Civil, no Juizado Especial da Fazenda Pública, no foro onde estiver instalado, a sua competência será absoluta, nos termos do §4º⁵ do artigo 2º da Lei 12.153/01, excluindo-se da sua competência apenas as causas elencadas no mesmo artigo.

Sabe-se que a competência é o limite da jurisdição atribuída pela lei a cada órgão do poder judiciário, sendo que quando se define a competência absoluta de determinado órgão do poder judiciário a lei o

⁴ Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

⁵ Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no *caput* deste artigo.

§ 3º (VETADO)

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

faz em observância ao interesse público, tão importante e tão graves são as consequências que se trata de pressuposto processual de validade e, como consequência, não pode ser modificada por convenção das partes. Conforme explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A competência absoluta é ditada no interesse público, ao passo que a relativa é atribuída tendo em vista o interesse privado das partes (CPC 54; *contrario sensu*), deve ser examinada *ex officio* pelo juiz (CPC 64 §1º); pode ser arguida por qualquer das partes, independentemente de exceção, a qualquer tempo e grau de jurisdição, pois não está sujeita à preclusão; enseja o juízo rescisório (CPC 966 II). (NERY JÚNIOR, 2016, p.337/338).

Ressalta-se a existência de algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da competência do Juizado Especial quando a ação demandar prova pericial complexa ou envolver menor, situação em que a competência seria da Vara da Infância e Juventude. Apesar de algumas divergências quanto à competência dos juizados especiais da fazenda pública, não resta dúvida o expressivo número de litígios que são ajuizados e tramitam sob a égide da Lei 12.153/01.

Desta forma, atualmente, as ações ajuizadas em face da fazenda pública devem ser ajuizadas perante o Juizado Especial e seguir o rito da lei específica, sendo a competência da Vara da Fazenda Pública residual, ou seja, somente se o litígio não puder tramitar seguindo o rito da Lei 12.153/01 é que poderá a parte ajuizar a ação na Vara da Fazenda Pública seguindo um dos ritos estabelecidos no Código de Processo Civil. A fim de dissipar qualquer dúvida, basta analisar decisão do TJSP, julgando recurso de apelação, de relatoria do Desembargador José Maria Câmara Júnior, que assim decidiu:

Ementa: COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. Competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública instituída pela Lei n.º 12.153 /09. Aplicação do artigo 2º, § 4º, da Lei n. 12.153 /2009. Competência do Juizado Especial Cível da Comarca se não houver instalação de Juizado ou Vara da Fazenda Pública na Comarca. Aplicação do artigo 2º, inciso II, alínea b, do Provimento n. 1.768/2010 do CSM. Precedente. Inexistência de complexidade de fato. Desinteresse das partes na abertura da instrução e julgamento antecipado do pedido. Identificação do vício insanável. Caráter cogente e inderrogável na normal que fixa competência absoluta.

Sentença anulada. Remessa dos autos ao Juizado Especial Cível. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA ANULADA PARA DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL COMPETENTE.

(BRASIL, 8ª Câmara de Direito Público do TJ-SP, 28/08/2018 - Apelação APL 10017460320178260417 SP 1001746-03.2017.8.26.0417. Des. José Maria Câmara Junior, 2018)

Desta forma, em virtude da competência absoluta do juizado especial da fazenda pública não pode o magistrado, a exemplo de outros ritos especiais estabelecidos no Código de Processo Civil, encaminhar as partes para as vias ordinárias quando a questão probatória for complexa, ressalvando a prova pericial complexa, ainda não pacificada na jurisprudência, motivo pelo qual deverá utilizar subsidiariamente as normas das Leis 9.099/95 e 10.259/01, bem como as normas do Código de Processo civil, obviamente se não houver conflito com a Lei específica. Conforme explica Humberto Theodoro Júnior:

Pela comunhão de princípios informativos, pela adoção de procedimento sumaríssimo basicamente igual e pela própria remissão legal feita entre os três diplomas normativos, deve-se reconhecer que todos eles formam uma unidade institucional, isto é, um só estatuto, qual seja o estatuto legal dos Juizados Especiais brasileiros. Não havendo, portanto, conflito entre regras explícitas, os dispositivos de qualquer das três leis podem ser aplicados nos procedimentos de qualquer um dos diferentes Juizados. Por exemplo: a Lei nº 9.099, ao disciplinar o procedimento dos Juizados Cíveis, não cuidou nem das medidas de urgência nem do recurso das decisões interlocutórias. As leis subsequentes, relativas aos Juizados da Fazenda Pública, regularam tanto a possibilidade das medidas cautelares e antecipatórias como previram a recorribilidade dos respectivos provimentos. Essa disciplina, portanto, pode ser aplicada também nos Juizados Especiais Cíveis, de modo a preencher as lacunas da Lei nº 9.099 (Theodoro Júnior, Humberto)

Restando evidente a competência absoluta do juizado especial da fazenda pública, que os diplomas legais que regem os procedimentos estabelecidos no microssistema dos juizados especiais devem ser interpretados como um único estatuto legal e, subsidiariamente, naquilo que não conflitar com o microssistema deve-se utilizar as regras do Código de Processo Civil, surge uma enorme barreira do acesso à justiça, qual seja,

como compatibilizar a obrigatoriedade de se utilizar um rito processual com a impossibilidade de liquidação de sentença.

Nos termos da legislação vigente, o pedido deve ser certo⁶ e determinado⁷, conforme ensinam WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 384, “a certeza diz respeito à clareza do pedido, que deve ser expresso, não se admitindo pedido implícito [salvo as exceções legais], tanto no tocante ao tipo de provimento almejado (pedido imediato) como qual o bem da vida se espera obter (pedido mediato). Já a determinação refere-se aos limites daquilo que o autor pretende, demonstrando sua extensão. O pedido deve ser determinado, ou ao menos determinável”.

Analizando o artigo §1º do 324⁸ do CPC, chega-se à conclusão que a lei contempla três hipóteses de pedido genérico, a primeira ocorre nas denominadas ações universais, quando o autor, por pretender uma universalidade de fato ou de direito, não puder individuar os bens demandados; a segunda quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou fato, normalmente é o que acontece nas ações de reparação civil decorrentes de acidentes automotivos, nestes casos o juiz poderá levar em consideração fatos ocorridos após a propositura da ação; a terceira, quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Em outras palavras pode-se dizer que a certeza diz respeito à natureza do provimento jurisdicional e à espécie do bem jurídico. Por sua vez, a determinação diz respeito à qualidade e quantidade do bem pretendido. Desta forma, é lícito concluir que o pedido será sempre certo porém, em alguns casos especificados em lei, admite-se a que a determinação seja concretizada quando do cumprimento de sentença.

⁶ Art. 322. O pedido deve ser certo.

⁷ ^{1º} Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.

⁸ ^{2º} A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

⁷ Art. 324. O pedido deve ser determinado.

⁸ ^{1º} É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados;
II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;
III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

⁸ Art. 324. O pedido deve ser determinado.

⁸ ^{1º} É lícito, porém, formular pedido genérico:

I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados;
II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato;
III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Dispõe §2º do artigo 14⁹ da Lei 9.099/95 que é lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação. Porém, nos termos do parágrafo único do artigo 38¹⁰ da referida lei, não se admite sentença ilíquida, ainda que genérico o pedido.

Conjugando a competência absoluta dos juizados especiais com a possibilidade de se fazer pedido genérico e a impossibilidade de se proferir a sentença ilíquida surgem inúmeros problemas no acesso à justiça, pois o Autor deverá liquidar a obrigação antes da sentença, sob pena de extinção do processo, nos termos do inciso II do artigo 51 da Lei 9.099/95¹¹. Nesse sentido foi a decisão da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, no julgamento de recurso de apelação relatado pelo Juiz Asiel Henrique de Sousa, que assim decidiu:

Data de Julgamento: 16/06/2015

Órgão Julgador: 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal

Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA

Data da Intimação ou da Publicação:

Publicado no DJE: 28/08/2015. Pág.: 376

Ementa:

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. PEDIDO DEMASIADAMENTE GENÉRICO - IMPOSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇA ILÍQUIDA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

1. No âmbito dos Juizados Especiais o processo será instaurado mediante apresentação de pedido, oral ou escrito, do qual constarão, dentre outras coisas, seu objeto e valor.

2. É expressamente vedada a formulação de pedido genérico, de modo a se evitar a prolação de

⁹ Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

¹⁰ Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

I - o nome, a qualificação e o endereço das partes;

II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;

III - o objeto e seu valor.

¹¹ Art. 38. É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.

¹⁰ Art. 38. A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

Parágrafo único. Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, ainda que genérico o pedido.

¹¹ Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

II - quando inadmissível o procedimento instituído por esta lei ou seu prosseguimento, após a conciliação;

sentença ilíquida (art. 38, parágrafo único da Lei nº 9.099/95).

3. No caso dos autos é patente a falta de liquidez do pedido formulado, a exigir a extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de condições de prosseguimento do feito.

4. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

5. Condeno a recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa. Diante do pedido de gratuidade de justiça deferido, suspendo a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/52.

Decisão:

PROCESSO EXTINTO DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. UNÂNIME.

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. PEDIDO

(Acórdão n.874779, 20141210050373ACJ, Relator: ASIEL HENRIQUE DE SOUSA 3^a Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 16/06/2015, Publicado no DJE: 28/08/2015. Pág.: 376)

É compreensível não se admitir sentença ilíquida nos processos que tramitam seguindo o procedimento dos juizados especiais, pois, caso se admitisse a liquidação de sentença nos juizados especiais estaria comprometido um dos principais objetivos da lei, qual seja, a celeridade processual das causas de menor complexidade. Evidente que a liquidação de sentença prejudicaria a funcionalidade dos juizados especiais e não estaria em consonância com os princípios norteadores.

Também é compreensível a possibilidade de pedido genérico, deixando claro que o *quantum* deverá ser apurado durante a instrução processual. O problema ocorre quando a lei estabelece a competência absoluta dos juizados especiais da fazenda pública, pois, só para ficar com um único exemplo, em uma ação de reparação civil decorrente de acidente de veículo automotor em face da Fazenda Pública é inegável a possibilidade de pedido genérico nos termos inc. II do § 1º do artigo 324 do Código de Processo Civil, pois é evidente que as consequências do ato poderão se prolongar no tempo e a reparação deverá cobrir todos os prejuízos advindos, tais como lucros cessantes, exames, medicamentos, cirurgias, etc.

Partindo da hipótese que o autor necessite de prazo para conseguir apurar efetivamente a responsabilidade patrimonial do requerido pelos danos causados mas o valor do proveito econômico não superar o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, valor que delimita a competência do juizado especial da fazenda pública, nos termos da legislação vigente,

a competência deste juizado é absoluta, porém, como será necessária a liquidação de sentença, que não existe como fase autônoma no microssistema dos juizados especiais, qualquer opção do autor lhe trará riscos e/ou consequências processuais desfavoráveis decorrentes da opção legislativa de fixar a competência absoluta.

Se o autor impetrar a ação no juizado especial da fazenda pública assume o ônus de realizar a liquidação durante a instrução do processo, caso contrário terá o processo extinto sem julgamento do mérito, sendo certo que a liquidação que não repara todos os prejuízos sofridos não entrega a prestação jurisdicional a tempo e modo.

Se impetrar a ação perante a Vara da Fazenda Pública, além das custas processuais e a necessidade de advogado, correrá o risco de ver o processo extinto sem resolução do mérito, justamente em razão da competência absoluta do juizado especial da fazenda pública, pois, não raras vezes, o magistrado da vara da fazenda pública entende ser possível a liquidação do pedido durante a instrução no microssistema.

Ainda resta a possibilidade de suscitar o conflito de competência para que o tribunal decida qual o juiz seria competente para aquele caso específico, providência que atrasa a prestação jurisdicional e não traz nenhuma segurança jurídica.

CONCLUSÃO

A introdução no ordenamento jurídico dos juizados especiais de pequenas causas visava, inicialmente, permitir o acesso ao judiciário de considerável camada da população que, por motivos diversos, não conseguia levar ao judiciário pretensões objetivando a reparação de direitos eventualmente violados, criando o fenômeno definido como demanda reprimida, também denominado de demanda contida, deixando-a as margens de um importante instrumento da cidadania, qual seja, a justiça.

A experiência, criação dos juizados especiais de pequenas causas foi tão exitosa que deu origem ao denominado microssistema dos juizados especiais, constituído pelas Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais dos Estados e Distrito Federal); 10.259/01 (Juizado Especial Federal) e 12.153/09 (Juizados Especiais da Fazenda Pública).

O microssistema dos juizados especiais, além de permitir o acesso à justiça, acabou por solucionar, ainda que parcialmente, um dos problemas do judiciário, qual seja, a morosidade na entrega da prestação

jurisdicional, pois a simplicidade do procedimento deu celeridade ao trâmite dos processos.

Ao contrário da Lei 9.099/95, que regulamentou o procedimento nos juizados especiais e deixou a critério do autor ao ajuizar a ação optar pelo rito previsto no microssistema ou por um dos ritos previstos para as varas cíveis, a Lei 12.153/09, que introduziu os Juizados Especiais da Fazenda Pública, estabeleceu no §4º do artigo 2º a competência absoluta destes órgãos do poder judiciário, excluindo-se da sua competência apenas as causas elencadas no mesmo artigo. Situação que, como regra, impede que sejam aforadas perante a vara da fazenda pública ações em que o proveito econômico seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

No microssistema dos juizados especiais admite-se pedido genérico, mas veda a prolação de sentença ilíquida, ou seja, o autor tem que impetrar a ação no Juizado Especial da Fazenda Pública e realizar a liquidação do pedido na fase de instrução. Partindo-se da hipótese que o Juizado cumpra um dos seus principais objetivos, qual seja, a celeridade, não raras vezes o autor não conseguirá aquilo que lhe é de direito, pois as consequências do ato pelo qual busca a reparação poderão ser posteriores à instrução do processo.

Portanto, parece-me que a solução ideal seria uma mudança na legislação, especificamente a revogação do §4º do artigo 2º da Lei 12.153/01, estabelecendo a competência relativa do juizado especial da fazenda pública, a exemplo do que ocorre com as ações que tramitam seguindo o rito estabelecido pela Lei 9.099/95, desta forma, quando o autor impetrasse a ação teria a exata noção do ônus que deveria se desincumbir quando formulasse pedido genérico no microssistema dos juizados especiais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. 8ª Câmara de Direito Público, Apelação APL 10017460320178260417 SP 1001746-03.2017.8.26.0417 (TJ-SP) José Maria Câmara Junior, Julgado em 28/98/2018. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/619342303/apelacao-apl-10017460320178260417-sp-1001746-0320178260417>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. **Acórdão n.874779, 20141210050373ACJ**. Relator: Asiel Henrique de Sousa. Data de julgamento 16/06/2015, Publicado no DJE: 28/08/2015. Pág.: 376. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 28 abr. 2019.

HUMBERTO JÚNIOR, Theodoro. **Os Juizados Especiais da Fazenda Pública.** Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/668/1/paltJ-OSJ.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2018.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A Cultura Da Litigância e o Poder Judiciário: Noções Sobre as Práticas Demandistas a Partir da Justiça Brasileira.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 10 jun. 2018.

MARCATO, Antônio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MASCARELLI SALGADO, Gisele. **Tempo morto no processo judicial brasileiro.** 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3837/Tempo-morto-no-processo-judicial-brasileiro>. Acesso em: 02 jun. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil,** 9. ed. São Salvador: Jus Podvm, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado.** 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Jus Podvm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Direito Processual Civil,** 9. ed. São Salvador: Jus Podvm, 2017. *Apud* Theodoro J. Curso, p. 28; Nery Júnior, **Princípios.**

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2018.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. *Apud* FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais, RF,** vol. 330/7-8, item n.4.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil,** volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento (com notas comparativas ao Projeto do novo CPC). 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

VIOLENCIAS EN EL TRABAJO, CINISMO ESTRUCTURAL, PODERES INNOMINADOS Y CONDICIONES DIGNAS DE VIDA

VIOLENCES AT WORK, STRUCTURAL CYNISM, INNOMINATED POWERS AND DIGNIFIED LIVING CONDITIONS

David Sánchez Rubio *

Pilar Cruz Zúñiga**

SUMARIO: 1 No solo el sábado (y/o domingo) es para el ser humano, también el trabajo. 2 Riqueza y agencia humanas. 3 Las relaciones humanas y sus dinámicas (los entornos del mundo del trabajo). 4 Primera hipótesis: la modernidad con el capitalismo no cumple, ni quiere cumplir, lo que promete. 5 Segunda hipótesis: el concepto del trabajo como instrumento de explotación y desigualdad bajo el dominio del capital. 6 Tercera hipótesis: el trabajo asalariado como primera dependencia de otras posteriores. 7 El cinismo de los poderes innominados y salvajes. 8 Cuarta hipótesis: la estrechez del discurso de los derechos humanos y su necesaria reformulación. Referencias.

RESUMEN: En el artículo se muestra un tipo de violencia sobre el trabajo y sus condiciones de desarrollo que se ejerce a través de la estructura desigual y asimétrica del capitalismo que es controlada por poderes innominados y salvajes, provocando sistemas de sujeción y explotación. Asimismo, desde los conceptos de riqueza y agencia humana y de trabajo vivo, se explicitan algunos dispositivos que hacen que el trabajo asalariado sea el antícpio de otras formas de trabajo más precarias, sumando el derecho al trabajo como una nueva promesa incumplida de la modernidad. Finalmente se denuncia el concepto de derechos humanos oficializado y generalizado que es insuficiente como instrumento de garantía del derecho al trabajo.

Palabras clave: : derecho al trabajo. trabajo vivo. derechos humanos. derecho precario.

ABSTRACT: *The article shows a type of violence on work and its conditions of development that is exerted through the unequal and asymmetric structure of capitalism that is controlled by unnamed and savage powers, causing systems of subjection and exploitation. Likewise, from the concepts of wealth and human agency and living work, some devices are made explicit that make wage labor the advance payment of other more precarious forms of work, adding the right to work as a new unfulfilled promise of modernity. Finally, the official and generalized concept of human rights is denounced, which is insufficient as an instrument to guarantee the right to work.*

Keywords: *right to work. live work. human rights. precarious law.*

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla (España).

** Profesora del Departamento de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España).

Artigo recebido em 26/06/2020 e aceito em 26/06/2020.

Como citar: RUBIO, David Sánchez; ZÚÑIGA, Pilar Cruz; . Violencias en el trabajo, cinismo estructural, poderes innominados y condiciones dignas de vida. **Revista de Estudios Jurídicos UNESP**, Franca, año 23, n. 37, p. 259-291. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

1 NO SOLO EL SÁBADO (Y/O DOMINGO) ES PARA EL SER HUMANO, TAMBIÉN EL TRABAJO

En el Evangelio de Marcos (2: 27-28) se narra la historia del incumplimiento de la ley basada en los dictados de la tradición oficial judía por parte de Jesús, al abrirse camino arrancando espigas y saciando el hambre a todos los que estaban con él, con los panes que solo a los sacerdotes les era lícito comer. También se cuenta cómo Jesús sana la mano paralizada de un hombre. El trasfondo de ambas narraciones se centra en el dilema que plantea saber si hay que obedecer una ley que impide comer a la gente y, también, si ese día que es el sábado (*sabbat* o *shabat*) –día sagrado de la semana en la tradición judía que significa descanso y que en la tradición cristiana tiene su equivalente en el domingo–, está en función del cumplimiento legalista y automático de la ley que prohíbe trabajar (según establece la tradición), ya que la ley es la que proporciona la vida y está por encima de los seres humanos o, por el contrario, si la ley es para la vida, es decir, si su cumplimiento está en función del ser humano y sus condiciones dignas de existencia. En este caso supone plantearse lo que es prioritario: cumplir la ley, no comer para saciar el hambre y no trabajar para sanar a un enfermo, abandonándolo a su suerte o desobedecer la ley para poder alimentarse, para salvar una vida y hacerla más digna.

El propio Jesús afirma en el Evangelio de Marcos que el sábado ha sido instituido para el hombre y no el hombre para el sábado, siendo el Hijo del hombre el señor del sábado. Asimismo, pregunta si es lícito hacer el bien el sábado en vez del mal y si también lo es salvar una vida en vez de destruirla.

Teólogos y filósofos como Arturo Paoli y Franz Hinkelammert, entre otros, siempre han reivindicado aquella tradición del cristianismo originario que reclama que el ser humano nunca debe estar subordinado a las cosas y a las producciones que genera, entre ellas las normas y la autoridad que ejerce el poder (PAOLI, 2016; HINKELAMMERT, 1998). El ser humano debe ser siempre su propio señor y ser sujeto de todo lo que crea desde el amor al prójimo y el no matar. En términos normativos, esta convicción ética se expresa en el sentido de que la ley es para la vida digna de los sujetos y sus condiciones de existencia, con los oprimidos y victimizados a la cabeza, y no al revés: no es la ley (ni la autoridad en cualquiera de sus versiones) la que les da la vida a los seres humanos de manera ciega y automática. Nunca debe convertirse en una mediación

idolatrada, en algo fetichizado que se transforma en un ente superior a quienes la crean y la producen. Detrás hay toda una lucha por entender la libertad a partir de una autoridad que la proporciona o por concebir la libertad a partir de un sujeto que interpela a la ley y a la autoridad cuando estas se interpretan, se conciben y se aplican desde una lógica sacrificial que, endiosada, mata en sentido literal y/o metafórico a quien la cuestiona y no la obedece (HINKELAMMERT, 1998).

Esta enseñanza sobre el sábado para el ser humano no solo se centra en el papel que debe cumplir cualquier autoridad, norma y/o ley en su relación con los seres humanos que, en tanto sujetos, las producen y, según los casos, las deben obedecer sin cuestionar o deben cuestionarlas y discernirlas en determinados casos. Se trata de algo más. Se refiere a cualquier obra, mediación o producción humana y su interrelación cuando se idolatra y se convierte en un fetiche que está por encima de los seres humanos y sus condiciones dignas de existencia. Por ejemplo, si sustituimos el sábado por el mercado, debemos preguntarnos si tanto en el pasado como en el presente, el mercado es para el ser humano o el ser humano es para el mercado. Lo mismo hay que hacer con el estado: ¿es el estado hoy en día para el ser humano o el ser humano para el estado?, y la pregunta se hace más interesante no solo en los países europeos y del mal llamado primer mundo, sino en aquellos países ubicados en regiones como América Latina, África o Asia donde la mayoría de ellos no están libre de sospecha a la hora de analizarlos desde su honestidad en el tema de la corrupción y el no ejercicio de la violencia institucional y para-institucional, y tampoco se libran de esta sospecha con respecto a su insensibilidad por derechos humanos. Igualmente ocurre con una figura o concepto como el del trabajo: ¿la mayoría de la humanidad está supeditada a distintas expresiones del trabajo o casi todos los humanos estamos en función de un trabajo que depende de algo superior, el capital? ¿O sucede lo contrario, esas distintas formas de trabajo y el capital están al servicio de los seres humanos? Evidentemente una cosa es lo que debería ser y otra lo que es y realmente pasa en nuestra realidad. Pocos somos los humanos que privilegiadamente podemos estar fáctica y realmente por encima de un estado, un mercado, un trabajo y un capital que anula, somete, humilla, empequeñece y aliena de múltiples maneras a la gran mayoría de la humanidad.

En este artículo vamos a visibilizar este comportamiento convertido en esquematismo permanente por parte de la cultura occidental, y referido a fetichizar e idolatrar las producciones y mediaciones por encima de los

sujetos que las crean, pero lo haremos centrándonos y proponiendo el punto de mira en torno a la actividad del trabajo y su subordinación a la dinámica del capital. Karl Marx lo explicitó muy bien con el mecanismo de la fetichización de la mercancía por medio del cual el capital, junto con el carácter misterioso de la forma mercancía, de ser objeto producido por el trabajador (trabajo vivo), se convierte en sujeto ficticio y aparente que termina transformando al trabajador en objeto e instrumento subordinado y al servicio de la mercancía y, con ello, del capital. El carácter social del trabajo hecho por los/as trabajadores/as y sus actividades, se desplaza hacia los productos de su trabajo como si estos fueran los protagonistas materiales, convirtiendo a los productos en actores y sujetos de las relaciones sociales, dejando al margen a los mismos productores (MARX, 1959, pp. 36 y ss.). Llama la atención las coincidencias entre las enseñanzas del sábado para el ser humano y las denuncias de Marx para que el trabajo, como el sábado, no esté en función del capital y, en cambio, sí esté para los seres humanos y para satisfacer sus necesidades fundamentales con las que puedan disfrutar una vida digna.

El trasfondo con el que iremos argumentando girará en torno a la relación dialéctica y conflictiva entre los seres humanos y, también, con las producciones que crea y produce en el mundo del trabajo y el sentido que se le da a éste. Expondremos algunas de las razones de por qué al trabajo humano se le da un contenido y se sitúa en un contexto donde no se prioriza al ser humano por encima de sus propias producciones, sino todo lo contrario. Veremos algunos de los motivos que provocan un empequeñecimiento, una reducción y una anulación del referente humano y sus condiciones de dignidad de existencia a través de una forma de concebir el trabajo que se enfoca de cara a la soberanía del capital.

2 RIQUEZA Y AGENCIA HUMANAS

En el desarrollo de nuestros argumentos, tendremos un referente axiológico y valorativo que nos servirá de norte y de instancia crítica: el criterio de riqueza humana que Marx desarrolló y la Escuela de Budapest lo interpretó en primer lugar, como:

[...] el desarrollo de las capacidades humanas en su totalidad y en su complejidad; y, en segundo lugar, como el conjunto de condiciones que es necesario superar para permitir la apropiación de estas capacidades humanas y de toda la riqueza de la especie por todos y cada uno de los individuos-

fines que componen la idea reguladora de humanidad.
(HERRERA FLORES, 1989, p. 126)

Constituye un criterio-valor y un imaginario trascendental, dentro de la inmanencia, que nos impulsa a transformar la realidad desde el marco de una sociedad en la que todos tengamos cabida, participando, actuando y disfrutando (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 233). El iusfilósofo sevillano Joaquín Herrera Flores lo concretiza al concebirlo como la capacidad humana genérica y socio-materialista de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relationales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas. En términos de dignidad humana, sería “el despliegue”, por parte de todos, “de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos” (HERRERA FLORES, 2005b, pp. 18, 57, 60 y 89). Incluso Joaquín Herrera amplía la mirada en el sentido de que todos los seres humanos reaccionamos culturalmente frente a los entornos de relaciones en los que vivimos, y lo hacemos plural y diferenciadamente, ostentando distintas y jerarquizadas formas de poder a la hora de generalizar nuestras reacciones frente al mundo. Todas las formas de vida reaccionan culturalmente frente a sus entornos de relaciones mediante acciones, prácticas y comportamientos (HERRERA FLORES, 2005a, p. 13). La actividad del trabajo sería un instrumento basal para poder lograrlo y desplegarlo muy en la línea del concepto de trabajo vivo reflexionados por K. Marx y E. Dussel, y sobre el que trataremos más adelante.

De forma parecida al criterio de riqueza humana, el filósofo chileno Helio Gallardo nos habla en términos de agencia humana, unificando la tradición marxista con la tradición liberal-burguesa, pero las proyecta sobre los procesos de liberación frente a distintos tipos de sujeción. Entiende por agencia humana la capacidad que debe poseer todo ser humano de auto-constituirse como sujetos, de hacerse sujetos, creando subjetividades e identidades con las que ponerse en condiciones de darle carácter propio a los procesos en los que intervienen y a las propias producciones que genera en situaciones que no controla en su totalidad. Es la gente desde sí misma la que debe asumir el protagonismo y escribir su propio guion y realizarlo desde su lucha social, colectiva, individual, diaria y cotidiana no solo para enfrentar contextos de opresión y marginación, sino también para abrir espacios existenciales de gozo y disfrute (GALLARDO, 2006,

pp. 23-24, 46 y 51). El trabajo sería un medio, un bien, un derecho y un mecanismo de acción con el que poder obtener un contexto de relaciones que nos permiten crear, desarrollar, saborear, respirar, oler, acariciar y degustar condiciones de existencia con las que nos hacemos sujetos y creadores y recreadores de realidad.

A partir de la riqueza y la agencia humana, ofreceremos un insumo que nos permitirá, por un lado, visibilizar algunas de las razones por las que, dentro del capitalismo, el trabajo humano se encuentra en un sistema que obstaculiza y no permite que el mismo sea, como hemos dicho, una vía y un instrumento con el que los seres humanos pueden apropiarse de sus capacidades para crecer en autonomía, responsabilidad solidaria y autoestima individual y colectiva. Por otro lado, manejando una serie de hipótesis, daremos algunas pistas de los dispositivos que provocan una violencia no solo física, sino también psíquica y cultural sobre las prácticas laborales y los contextos de dominio que impiden su despliegue emancipador e imposibilitan que el trabajo sea un vehículo para el reconocimiento de otros derechos que garantizan una vida más agradable y más digna. La pérdida de control sobre el producto del trabajo al pasar a otras manos y al diluirse en espacios inmateriales sin ética ni sensibilidad por el ser humano y por la naturaleza, como el propio del mundo financiero, contribuye a ello. Para los objetivos propuestos, destacaremos la importancia que tienen las relaciones humanas y los modos como las tramas sociales se despliegan en los ámbitos sociales de convivencia o convivenciales.

También aludiremos a cómo, junto a la prioridad del capital, se generaliza una de las muchas expresiones de la actividad laboral – el trabajo asalariado y dependiente– para convertirla en el todo que, como marcador, impone una pauta de conducta a seguir por el resto de expresiones de trabajo, con el efecto de destronar a los seres humanos y su capacidad de crear y recrear mundos de modo plural, múltiple y diferenciado y así evitando que sean el referente en los modos como entender las diferentes condiciones y las distintas maneras de desarrollar el trabajo. Denunciaremos la existencia de una serie de poderes innominados y salvajes que instituyen una realidad en donde se suceden una doble o triple subordinación superpuesta, interseccional, heterárquica y enredada de la condición humana sobre el capital.

Finalmente, ofreceremos algunas propuestas para que el trabajo vivo sea la base sobre la que articular la existencia humana en su pluralidad a partir de un concepto complejo y relacional de derechos humanos. En definitiva, siguiendo con la metáfora inicial del *sabbat*, plantearemos una

serie de reflexiones críticas y provocativas centradas en un problema que no solo se preocupa para que el sábado sea un día para recuperar energías y esté en función de los seres humanos, sino también preocupadas en dar respuestas a una cuestión referida a la construcción de aquellas condiciones que posibiliten que el trabajo de cada persona realiza, particular, individual y/o colectivo, sea digno en su ejercicio, con sus debidas garantías de salubridad, salario y dignidad. Anticipando la conclusión desde las intuiciones y las hipótesis que manejamos, explicitaremos algunas de las causas que nos llevan a afirmar que el capitalismo cooptó y se apropió negativamente del ser humano, de todos los sábados y de todos los trabajos saludables, no precarizados y dignos haciéndolo en nombre de la valorización del capital y de la obsesiva manía competitiva de incrementar el beneficio (valor de cambio) en un proceso sin fin, haciéndolo crecer cueste lo que cueste, menguando la capacidad humana de dotar de sentido y dotar de carácter a sus propias acciones, creaciones y producciones con autonomía, autoestima y responsabilidad.

Porque el problema de todo es que, desde nuestro punto de vista, el capitalismo le da un contenido al trabajo que nunca está en función de las necesidades de los seres humanos y sus condiciones dignas de existencia (salvo las de aquellos que pertenecen a las oligarquías y plutocracias dominantes). Ocurre todo lo contrario: hace que el trabajo esté siempre a merced del capitalismo y su avariciosa acumulación de riqueza que únicamente privilegia a una minoría, consolidando una desigualdad estructural que perjudica a la mayoría de la humanidad. Todo ello afecta tanto en el plano de los atributos y condiciones materiales de la vida de los individuos, también en las posiciones sociales referidas al control sobre los recursos económicos de algunas personas sobre otras a las que excluye, así como a las formas en que las posiciones económicas dan a una minoría el control sobre las vidas y las actividades de los demás (WRIGHT, 2018a, p. 15), todo ello en el marco de un sistema complejo y organizacional abierto, pero cuya dinámica automática y mecánica de funcionamiento consolida las dominaciones, las explotaciones y las sujetaciones.

3 LAS RELACIONES HUMANAS Y SUS DINÁMICAS (LOS ENTORNOS DEL MUNDO DEL TRABAJO)

Decía Marx en el *18 Brumario de Luis Bonaparte* que los hombres hacen su propia historia. Somos actores que nos producimos como sujetos

en y mediante las acciones. Nos auto-constituimos y auto-alteramos en el curso de la praxis (LAVAL y DARDOT, 2015, pp. 495 y ss.). No hay ser humano fuera de la acciones ni de las relaciones que genera y que, gracias a ellas, lo generan. Si algo caracteriza al ser humano es su dimensión relacional e intersubjetiva con las que nace, crece y muere.

Como señala Joaquín Herrera, la cultura es un proceso continuo de reacción frente a y dentro de entornos relacionales. Lo hacemos con nosotros mismos, con nuestros semejantes y con la naturaleza animal y vegetal en contextos y espacios sociales diversos (HERRERA FLORES, 2005a). Sobre esta base relational y socio-histórica vamos a situar al mundo del trabajo, pues nos dará la justa medida del entorno de acciones sobre la que se construye su contenido y si los contextos sobre los que moran las actividades laborales se insuflan de dinámicas de violencia y desprecio por lo humano o de dinámicas de respeto, reconocimientos mutuos y –en tanto ello– de sujetos. Partiremos desde una dimensión materialista y socio-histórica de la realidad, marcada y construida sobre las relaciones e interrelaciones humanas. Desde ellas enfocamos las intuiciones, hipótesis y propuestas sobre el concepto del trabajo.

Siguiendo a Helio Gallardo, las relaciones humanas pueden desarrollarse, al menos, por medio de dos dinámicas o lógicas: a) de emancipación y liberación; y b) de dominación e imperio (GALLARDO, 2008):

a) Las dinámicas de emancipación se establecen a través de relaciones en las que los seres humanos se tratan unos a otros como sujetos, recíprocamente y en un clima horizontal, solidario, de acompañamiento, colaborativo y de respeto. Estas lógicas permiten al ser humano vivir y le posibilitan la capacidad de dotar de sentido a la realidad y de hacer y deshacer mundos, en condiciones de igualdad, no violencia y de dependencias gratificantes, no entendidas como subordinación, sino como fuente de crecimientos y enriquecimientos mental, espiritual y corporal mutuos. El valor de uso y la satisfacción de las necesidades humanas contribuyen a promocionarlas y consolidarlas.

b) Las dinámicas o lógicas de dominación e imperio –en cambio– son aquellas que estructuran relaciones en las que los seres humanos son discriminados, inferiorizados, marginados y/o eliminados, siendo ninguneados o considerados objetos. En ellas, se pierde la solidaridad, el acompañamiento y la horizontalidad, y se establecen procesos hegemónicos y jerárquicos colonizadores, en los que todo es

manipulable y prescindible a partir de la superioridad de unos sobre otros y sobre la naturaleza. Se potencia la desigualdad y la violencia. Los motivos pueden ser debidos a distintos modos o tipos de sujeción basados en la raza, el género, la clase social, la edad, la espiritualidad religiosa. El valor de cambio y la satisfacción de los deseos crematísticos y consumistas las incentivan.

Asimismo, en otro plano, pero muy relacionado con lo anterior, el científico chileno Humberto Maturana interpreta la biología que denomina del amor y, en concreto, a la segunda de las dos dimensiones de la existencia que poseen los seres vivos: 1) la primera es su fisiología, su anatomía y estructura; 2) la segunda es su relación con los otros, su existencia como totalidad, que en los seres humanos se particulariza en el conversar, en el entrelazamiento del lenguaje y la emoción, como un vivir juntos en coordinación (MATURANA, 1991, p 23). En esa red de comunicaciones y relaciones con nosotros mismos, con nuestros semejantes (o con los otros o los demás) y con la naturaleza, las culturas humanas a lo largo de la historia han desarrollado dos modelos distintos: a) uno patriarcal (que no se asocia exclusivamente a lo masculino), nacido de los grupos humanos que vivían del pastoreo, basado en la apropiación, la violencia, la guerra, el dominio y el control junto con relaciones de jerarquía; y b) otro matricial, propio de culturas recolectoras y agrícolas, más marcados por sus sentido de la cooperación, la participación, la ayuda mutua, la no violencia y por relaciones más horizontales (MATURANA, 1991, pp. 56 y ss. y 302-303). Tanto la cultura patriarcal como la matricial llegan a nuestros días manifestándose de manera distinta en cada contexto. Pero resulta que es la primera la que se ha hecho predominante y hegemónica con el sistema económico capitalista. Asimismo, es la que se proyecta sobre el modo de entender y concebir el trabajo humano al hacerlo dependiente de la acumulación del capital y en el instante en el que no solo los productores (trabajadores/as) dejaron de ser propietarios del producto del trabajo –que pasa a terceras personas que se endiosaron como propietarios avariciosos y codiciosos–, sino también cuando se consolidó e invisibilizó una relación estructuralmente desigual bajo el relato jurídico de una igualdad ficticia de posiciones en las condiciones de contratación laboral entre empleadores y empleados. Pero no solo eso, pues hay muchas cosas más; algunas de ellas las trataremos seguidamente y lo haremos en forma de hipótesis.

4 PRIMERA HIPÓTESIS: LA MODERNIDAD CON EL CAPITALISMO NO CUMPLE, NI QUIERE CUMPLIR, LO QUE PROMETE

En función de lo que acabamos de exponer, la primera hipótesis parte de una premisa y una aseveración sobre el modo como todas las culturas desarrollan las relaciones humanas con sus correspondientes espiritualidades: en el orden de la convivencia humana y en cada espacio relacional –íntimo, doméstico, religioso, de la producción y distribución (mercado-trabajo), de la comunidad, virtual, global, etc.–, existen las dos dinámicas explicadas por Helio Gallardo y Humberto Maturana: i) las de dominación, imperio y patriarcales y, ii) las de emancipación, liberación y matriciales.

Pues bien, tal es así, que en el seno de la cultura occidental, con el capitalismo, se refuerzan las asimetrías y las verticalidades bajo una desigualdad estructural sostenida, principalmente –pero no de modo único–, a través de un sistema o modo de producción económica que subordina y aliena al ser humano con su trabajo al dios y al fetiche del capital. Lo realiza combinando distintos modos de dominación, no solo desde un plano de clases sociales.

Por esta razón afirmamos que Occidente tiene un modo de clasificar, ordenar y organizar la realidad bajo un falso universalismo y participa y ahonda la fractura abismal entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos y con respecto al trabajo si lo entendemos como derecho. Sus discursos y sus prácticas se mueven por medio de abstracciones que reconocen la dignidad humana de todos los seres humanos sin atributos, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones cotidianas marcadas por particularidades como la nacionalidad, el racismo, el sentido de pertenencia, la condición de clase, la defensa del derecho de propiedad avariciosa y absoluta, el machismo o el concepto de ciudadanía. Por eso modula lo humano en función del modelo que le parece más digno o merecedor de ser reconocido con dignidad real y efectiva, pero con el objetivo último de mantener las desigualdades estructurales. Lo hace tanto a nivel interno, de puertas adentro, como a nivel externo, pero en este caso con una mayor acentuación e intensidad. Occidente trata al otro, al extranjero o al extraño, con un grado de desigualdad mayor que el que establece internamente, al interior de sus fronteras con sus ciudadanos. El modo jerarquizado como organiza socialmente el poder, el hacer, el ser y el saber por razones de clase, raza, etarias y de género a sus nacionales, lo

acrecenta, incorporando nuevas asimetrías de puertas a fuera, a quienes considera no occidentales y que pertenecen a otras culturas, sobre todo si son pobres. La discriminación, la marginación y la inferiorización por medio de la división social, cultural, racial, etaria, territorial, de clase y étnica del hacer, del poder, del ser y del saber humanos, se incrementa estructuralmente entre quienes son considerados occidentales o afines y quienes no lo son o lo son condicionalmente o de manera deficiente (SÁNCHEZ RUBIO, 2018).

En este sentido, son muchas las discriminaciones, violencias, marginaciones, explotaciones y exclusiones con las que se trata a los otros como objetos y se les ningunea por razones raciales, sexuales y de género, de clase, etarias, etno-culturales y por discapacidades psíquicas o físicas. En el tipo de sociedades de economía capitalista en las que vivimos, predominan las relaciones de dominación, patriarcales e imperio y la asimetría y desigualdad estructural de las sociabilidades es manifiesta. El androcentrismo o patriarcado, el adultocentrismo, el intercambio desigual y la explotación del trabajo (división social), el racismo, etc., son modos de dominación que conciben el poder desde pares jerárquicos, verticales y dicotómicos. En la cultura occidental capitalista predominan en su interior diversos modos de dominación a nivel institucional como también a nivel de relaciones sociales y sociabilidad cotidiana, que expresan la socio-materialidad procesual de diversas estructuras opresivas que operan simultáneamente dentro y, en un grado mayor, fuera de sus fronteras. Todo un conjunto de relaciones sociales particulares se desarrollan y articulan con un grupo (in)diferenciado de opresiones, muchas de ellas naturalizadas: sexo, raza, género, etnia y clase social se construyen sobre relaciones jerárquicas, combinando tanto el espacio público de poder, la explotación o el estatus y el espacio de servilismo personal. Las sociabilidades cotidianas de Occidente combinan el tratamiento de lo humano desde la consideración de la superioridad y la inferioridad de determinados colectivos. Por ello las relaciones patriarcales se articulan con otras formas de relación social en un determinado momento histórico, que en este caso situamos en el contexto de las sociedades capitalistas. Según Joaquín Herrera –que lo toma de Avtar Brah–, “las estructuras de clase, raza, género y sexualidad no pueden tratarse como variables independientes, porque la opresión de cada una está inscrita en las otras” (HERRERA FLORES, 2005c, p. 19).

Nos encontramos con la coexistencia de situaciones de discriminación, marginación y explotación simultáneas, más que

superpuestas, expresivas de estados de interseccionalidad de opresiones en red, en la línea señalada por Gloria Anzaldúa y María Lugones –junto con otras feministas– con la nominación de a) diferentes “dimensiones superpuestas de opresión” (*overlapping oppressions*) (ANZALDÚA, 1989; y YOUNG, 2000), o b) de “interseccionalidad de opresiones” sufridas “diferencialmente” por las mujeres en función de su situación, posición y jerarquización subordinada y dependiente en el marco de los procesos de división social/sexual/racial del trabajo (Lugones, 2008). Raza, género y clase van de la mano, variando en cada contexto y en cada sujeto o ser humano su grado de dominación.

En esta línea, Ramón Grosfoguel combina el concepto de interseccionalidad de jerarquías con el concepto “heterarquía” del filósofo y sociólogo griego Kyriakos Kontopoulos. Siendo la colonialidad y la modernidad las dos caras de una misma moneda y siendo el capitalismo una de las múltiples constelaciones imbricadas del patrón colonial de poder, nos encontramos con múltiples y heterogéneas formas de dominación y explotación sexuales, políticas, económicas, espirituales, lingüísticas y raciales, donde las jerarquías etno-raciales de la línea divisoria Occidente/no Occidente reconfigura de manera transversal todas las demás estructuras globales de poder (GROSFOGUEL, 2014, pp. 381, 383, 389-390). Raza, género, espiritualidad y epistemología son parte constitutiva, integral e imbricada del sistema-mundo occidental moderno, cristiano, capitalista, colonial y patriarcal. No son añadidos a la estructura económica y política del sistema capitalista. Ramón Grosfoguel entiende la heterarquía como un concepto nuevo que da cuenta de la compleja imbricación de las jerarquías de género, raciales, sexuales y de clase en procesos globales geopolíticos, geoculturales y geoeconómicos del sistema-mundo moderno/colonial. Se trata de analizar los modos de dominación o las jerarquías de poder a partir de una perspectiva abierta, compleja, desde sistemas abiertos y heterogéneos, con niveles estructurales y lógicas estructurantes múltiples (GROSFOGUEL, 2014, p. 382).

Asimismo, el filósofo peruano Aníbal Quijano desarrolla el concepto de colonialidad del poder con el que se expresa uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial del poder capitalista y que se funda en la clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular que opera en cada ámbito, planos, dimensiones materiales y subjetivas de la existencia cotidiana y a escala social.

La racialización de las relaciones de poder entre nuevas identidades sociales y geoculturales fue el sustento y la referencia legitimadora fundamental del carácter eurocentrado del poder material e intersubjetivo. Desde que América se insertó en el capitalismo mundial, colonial y moderno, la colonialidad del poder, clasificó a la gente a partir de tres instancias centrales aunque no exclusivas, pero articuladas en una estructura global común, con las que se ordenan las relaciones de explotación, dominación y conflicto (QUIJANO, 2014, pp. 67, 92 y 98). Las “nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo”. Raza y división del trabajo, junto con el dominio machista y patriarcal, quedaron estructuralmente asociados, reforzándose mutuamente (QUIJANO, 2001, pp. 201 y ss.).

Negros, indios e indias, amarillos, mestizos, mujeres, trabajadores y trabajadoras, etc., sufrieron el mismo criterio de clasificación social a escala global, estableciéndose una distribución racista, clasista y machista del trabajo, extendiéndose en los modos de hacer, de ser, de poder y de pensar. En este sentido, socialmente se clasificó a la población en todo el mundo en identidades raciales y divididas entre dominantes/superiores europeas y dominadas/inferiores no europeas. Lo mismo sucede a nivel del trabajo y en las relaciones de género: en el centro se desarrollan relaciones salariales y hay una libertad sexual de los varones junto con la fidelidad de las mujeres en el ámbito doméstico y el pago a las prostitutas, mientras que en la periferia colonial se dan todas las otras formas de explotación el trabajo (esclavitud, servidumbre, etc.) articuladas bajo el dominio del capital y, además, las mujeres negras e indias son tratadas como animales apropiables y distribuibles bajo el libre acceso sexual no pagado de los varones blancos (QUIJANO, 2014, pp. 98, 100-101) . Para Quijano, la categoría “raza” constituye una forma de clasificación de la población que no tiene parangón antes de la colonización iniciada en 1492.

María Lugones añade la variable de género en esa colonialidad del poder que comparte, pero que complementa desde una crítica constructiva. Lo mismo realiza la filósofa argentina Rita Laura Segato, pero a diferencia de Lugones –que afirma la inexistencia de género antes de la llegada europea–, para Segato sí existían nomenclaturas de género en el mundo pre-colonial, en las sociedades tribales y afroamericanas. Sus culturas poseían un patriarcado de baja intensidad que la modernidad modificó y transformó para peor (SEGATO, 2016, pp. 112-113). A ello Rita

Segato añade que el género no es uno de los aspectos de la dominación en el patrón de la colonialidad, sino que es una categoría central capaz de iluminar todos los demás aspectos impositivos del orden colonial moderno (SEGATO, 2016, pp. 111). Por tanto, género y raza se intercalan y son simultáneas en sus modos de dominar.

A otro nivel de nuestro razonamiento, una prueba significativa de estas inclusiones bellas no aplicadas y de papel mojado en lo teórico y en lo ideal bajo la bandera de la libertad, la igualdad y la dignidad, la tenemos con el mismo discurso (y sus prácticas) de derechos humanos, sobre el que se debería adscribir e inscribir el trabajo humano cuando lo entendemos como derecho fundamental. Tal como Helio Gallardo lo plantea, la organización capitalista de la producción económica y social y de la reproducción simbólica y cultural, despierta expectativas de derechos y a la vez prohíbe la materialización de los mismos (GALLARDO, 2006, p. 176). Es más, los derechos humanos apelan a un universalismo ideológico que las lógicas materiales de las sociedades modernas son incapaces de cumplir. Genera una ilusión y un efecto emancipador potencialmente universal que no puede, ni quiere realizar por las tramas sociales que construye y despliega en todos los órdenes desde dinámicas excluyentes, sectarias y que benefician a grupos minoritarios (esos órdenes son el mundo o espacio laboral, de la producción o del trabajo, de la espiritualidad religiosa, el espacio doméstico o familiar, el espacio de la comunidad –escuela y universidad, vecindarios–, medios de comunicación, orden financiero y mundo del mercado, redes sociales y virtuales, etc.). Dentro de la configuración de las sociedades modernas europeo-occidentales, se proclama un discurso universal de dignidad integral pero estructurándose, al mismo tiempo, mediante condiciones materiales que no lo hacen factible. El imaginario de la modernidad inventa derechos humanos sobre una instalación material, económico-cultural y una institucionalidad establecida para pocos, tornándolos no factibles (GALLARDO, 2015, pp. 408 y 410). Esta inviabilidad o incompatibilidad estructural lo empuja a una manipulación ideológica y demagógica. Sus promesas son estructuralmente frustradas y solo puntual y azarosamente cumplidas. Incluso añadiríamos que son promesas que, por sistema, nunca se quisieron efectivizar (GALLARDO, 2006, pp. 183-184).

Insistir en lo que afirmamos desde esta primera hipótesis: Occidente se mueve bajo una bipolaridad ética y moral. Por un lado sus discursos significan inclusiones abstractas, pero por otro lado, sus prácticas

se sostienen sobre un suelo lleno de exclusiones concretas, no de inclusiones concretas y particulares, que demuestran la imposibilidad de que lo que se promete, se cumpla. Lo que es peor, sobre ese basamento de dominación e imperio, nunca hubo ni hay intención de hacerlo fácticamente real. El mundo del trabajo es un claro ejemplo de lo que estamos diciendo y sobre él desarrollaremos las siguientes hipótesis.

5 SEGUNDA HIPÓTESIS: EL CONCEPTO DEL TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE EXPLOTACIÓN Y DESIGUALDAD BAJO EL DOMINIO DEL CAPITAL

Basándose en Karl Marx, David Harvey (2013) explica la necesidad que tienen los capitalistas de mantener el control de la fuerza del trabajo y de manipular simultáneamente la oferta y la demanda del trabajo para poder seguir acumulando y de forma continuada. Pese a que el trabajador es quien dispone de un poder real en el proceso de trabajo, es el capitalista quien dispone de todos los derechos legales y de la mayoría de los medios políticos e institucionales (en particular mediante el control del Estado). No solo el capitalismo es un sistema de dominio de la fuerza de trabajo y que cosifica y aliena al ser humano convirtiéndolo en mercancía y subordinándolo a la lógica de la obtención del máximo beneficio y del incremento de la tasa de ganancia, sino que el capital también se esfuerza por someter a los trabajadores allí donde son potencialmente poderosos y rebeldes (HARVEY, 2013, p. 55 y 90). La mayoría de la población, no solo en el periodo de la acumulación primitiva, sino también en la actualidad, está obligada a trabajar para el capital para poder sobrevivir. Por ello, afirmamos que no hay un reconocimiento de la dignidad y un respeto de los seres humanos pleno y como referente en el ámbito del trabajo dentro de las sociedades capitalistas, pues se subordina y subsume a las condiciones impuestas por el capital y su modo de entender el mercado como intercambio de valores de cambio bajo el dominio del dinero, la competitividad y la obtención del máximo beneficio. Sucedió en la era de la revolución industrial, también ocurrió en la etapa de producción fordista y sucede actualmente con la actual fase de producción toyotista y flexible que viene acompañada de la incorporación de las nuevas ciencias y las nuevas tecnologías como la cibernetica, la robótica y la biogenética y la nanotecnología. Tampoco existe un derecho al trabajo pleno con intenciones de considerar al ser humanos como verdadero centro y referente desde criterios de dignidad y libertad.

Pero ¿cómo pueden entenderse el concepto de trabajo y el derecho al trabajo en el contexto de las sociedades democráticas de capitalismo central y capitalismo periférico y dependiente?

Para Fabio Conder Comparato, el derecho al trabajo es la piedra angular para una construcción verdadera de una sociedad democrática (COMPARATO, 2001, p. 345). Y para Leonardo Wandelli, es un derecho proclamado como el arquetípico de los derechos sociales tanto en los textos constitucionales como en las normas internacionales, siendo el derecho social por autonomía y su centralidad se refleja en el discurso y la literatura jurídica, por ser condición indispensable para otros derechos humanos (WANDELLI, 2012, p. 37). No obstante, por diversas razones, se ha producido tal reducción del sentido del trabajo en la modernidad capitalista que la cultura jurídica ha terminado por vaciar el contenido de categoría jurídica central del derecho al trabajo. Como consecuencia de la conversión de una forma específica de trabajo, como es el trabajo asalariado, transformándolo en el “todo” del trabajo, como si fuera su única expresión, se ve apenas como un derecho de subsistencia con el que poder alcanzar condiciones elementales necesarias para la vida, y deja de concebirse como una forma esencial de realización humana y de desarrollo de sus individualidades y potencialidades, es decir, como una actividad que, por sí, es condición y manifestación indiscutible de la dignidad humana y de una vida digna de ser vivida, no precarizada ni inferiorizada (WANDELLI, 2012, p. 42). La riqueza del concepto de trabajo, en la línea del trabajo vivo de Karl Marx y Enrique Dussel, se difumina al absolutizarse una de sus partes –el trabajo asalariado– y convertirla en el todo, con el efecto de destronar al ser humano y su capacidad de crear y recrear mundos como su referente (SÁNCHEZ RUBIO, 2004).

El propio Wandelli explica de qué manera el capitalismo redujo el trabajo a valor de cambio, a mercancía, a producto del valor para el capital, dejando de ser valor de uso para el sujeto que trabaja. De este modo se promociona la separación entre tiempo de trabajo y tiempo de vida, provocando simultáneamente la exclusión progresiva de otros modos de relaciones entre el trabajo y la vida digna. Con ello se desvincula el trabajo de la dignidad humana y se vacía su riqueza de sentido para el desarrollo de la subjetividad de los seres humanos asociada a la identidad, la autoconfianza, el autorrespeto, la autoestima y la autonomía (WANDELLI, 2012, p. 43).

Lo que queremos destacar ahora, siguiendo a Leonardo Wandelli, es que el capitalismo obliga y compelle a la mayoría de las personas a vender su fuerza de trabajo como única vía alternativa y no libre para reproducirse, pero en condiciones de desigualdad y sujeción. Se obliga a unos seres humanos a someterse al consumo de otros a través del capital, utilizándose una profunda y perversa abstracción de la realidad de esa relación desigual que legitima el ejercicio de una violencia estructural, por medio jurídico del contrato de cambio equivalente formada por la voluntad de sujetos libres. Esa abstracción se consagra mediante la ficción de la posibilidad de separar la fuerza de trabajo de la persona del trabajador, el trabajo vivo, que queda eclosionado por el trabajo-mercancía (WANDELLI, 2012, p. 43).

Asimismo, son múltiples las estrategias que el capital utiliza para tener controlada y sometida a la clase trabajadora y así poder reproducirse. Entre esa variedad de tácticas capitalistas en el proceso de trabajo está el aprovechamiento del poder de las diferencias sociales en su propio beneficio y que pensamos está muy relacionado con la colonialidad del poder arriba mencionada (HARVEY, 2013, p. 91 y 92). Con sus propias palabras nos dice Harvey:

Las cuestiones de género a menudo cobran una importancia primordial en el lugar de trabajo, y lo mismo sucede con las de la étnica, religión, raza e incluso orientación sexual. En los talleres de trabajo esclavo del mundo llamado «en desarrollo», son las mujeres las que soportan la mayor explotación capitalista, exprimiendo sus talentos y capacidades en condiciones muy parecidas a las del dominio patriarcal. Esto es así porque, en un desesperado intento de ejercer y mantener el control sobre el proceso de trabajo, el capitalista tiene que fomentar cualquier relación social diferencial, cualquier distinción dentro de la división social del trabajo, cualquier referencia o hábito cultural especial, para socavar la inevitable comunidad de intereses en el lugar de trabajo y evitar que se consolide en un movimiento de solidaridad social, manteniendo a los trabajadores fragmentados y divididos. (HARVEY, 2013, p. 92)

De esta manera, se distribuyen las relaciones de poder entre diferentes grupos sociales dentro del proceso colectivo de trabajo según le interesa al capital como táctica de dominio y control, y en función de criterios patriarcales, étnicos, culturales, raciales, etc. Con ello, se hace difícil la resistencia, la lucha y la consolidación de relaciones de emancipación, liberación y matriciales.

El sociólogo estadounidense Erik Olin Wright (2018a, 2018b) nos permite explicar mejor hasta qué punto las cartas están marcadas desde el poder del capital y la pérdida de fuerza de la clase trabajadora. En función de su explicación con la metáfora deportiva de los tres niveles sistémicos de poder como análisis relevante de clase, en el mundo del trabajo ya no se disputa el tipo de juego que se debe jugar, sino que el margen solo se reduce a negociar algunas de las reglas del juego impuesto por el capitalismo y la modalidad más pertinente del mismo y, dentro de él, el nivel situacional referido a los posibles movimientos que pueden realizarse en el juego (WRIGHT, 2018a, p. 11 y 2018b). Tan grande es la asimetría y la desigualdad estructural que los espacios de resistencia y de maniobrabilidad son muy pequeños. No solo es un problema de debilitamiento de la fuerza de trabajo (sindicatos) sino también de aspiraciones: las luchas suelen ser defensivas (que no se pierda los derechos logrados en los estados sociales: salubridad e higiene, salarios mínimos, seguridad y protección frente accidentes de trabajo, derecho a vacaciones, seguro social, derecho a la huelga, derecho a sindicarse, salario digno, etc.) y pocas son las ofensivas, aunque en torno al espacio de lo común se están cociendo luchas y resistencias anticapitalistas que reclaman un juego distinto al establecido por el orden del capital y que no se reduce a la alternativa del socialismo (HARDT y NEGRI, 2019; LAVAL y DARDOT, 2015).

6 TERCERA HIPÓTESIS: EL TRABAJO ASALARIADO COMO PRIMERA DEPENDENCIA DE OTRAS POSTERIORES

A tenor de la anterior hipótesis, no solo el trabajo (dependiente y asalariado) es un instrumento de dominio, explotación y desigualdad. El control sobre los medios de producción por parte de la clase propietaria capitalista y el despojo de los productos elaborados por sus productores, la clase trabajadora y el campesinado, que son quienes directamente desarrollan la actividad del trabajo para obtener los bienes con los que satisfacer las necesidades humanas, ha sido el modo de sujeción y dominación que se ha hecho hegemónico y se ha normalizado como un hecho natural con el que se obtiene el progreso y el avance de las sociedades.

La tercera hipótesis que planteamos es que, a pesar de existir algunas expresiones en el mundo del trabajo que son dignas, que permiten el goce y el disfrute de la creatividad y de las capacidades humanas para unos

pocos, la norma general es otra. El dominio del capital y la dependencia del trabajo consolida una tendencia que en los tiempos actuales se está generalizando por causas diversas: el trabajo asalariado y dependiente se está precarizando y se está convirtiendo en el modelo que marque la pauta para otras formas de trabajo, es decir, se impone como la antesala de la doble o triple precarización de otras expresiones de trabajo más específicas, como es el caso del trabajo precario, temporal y flexible, del trabajo doméstico, del trabajo esclavo y de otras expresiones análogas a la esclavitud. El trabajo asalariado pierde sus derechos y al precarizarse y flexibilizarse, se convierte en la primera parada que antecede a las siguientes estaciones por las que el raíl del capital lleva su tren para incrementar su dominio desigual y su explotación y exclusión para un mayor número de personas por todo el planeta. Estamos viviendo distintos procesos de retroceso y receso de los derechos sociales (entre ellos, los laborales), conquistados en aquellos países que establecieron estados de bienestar pero nunca disfrutados en los países del sur. Cada vez son más las condiciones precarias y desiguales, así como también las expresiones laborales vejatorias que impiden el desarrollo de un trabajo seguro, saludable, duradero y en situaciones de pleno empleo, para todos. No es solo un incremento del trabajo precario y de quienes les afecta (precariado), sino también va creciendo el número de colectivos de la población humana que quedan fuera del mercado de trabajo (población desecharable o sobrante).

Incluso hay una vuelta de tuerca. En función de la interseccionalidad y las heterarquías de dominación que van de la mano del modo de la producción y de la distribución del capitalismo, se acentúa la verticalidad, la dependencia y la jerarquía de las relaciones sociales sobre unas desigualdades estructurales y asimetrías que son difíciles de confrontar y subvertir únicamente con normas jurídicas e instituciones estatales. Se llega a tales niveles de naturalización que se invisibilizan a través de “una cultura de excepcionalidad de la injusticia” que naturaliza la injusticia cotidiana, entre ellas las del mundo del trabajo, por medio de la cual solo determinadas situaciones anormales y extremas de injusticia son las únicas que denigran y violentan al ser humano, como, por ejemplo, son los casos de la esclavitud y/o el trabajo esclavo en sus distintas expresiones, la trata de personas, el narcotráfico, los actos terroristas yihadistas, algunos genocidios, no todos (como el holocausto de los judíos), determinadas hambrunas, etc. Los derechos humanos y el derecho al trabajo cuando se vulneran acaban circunscribiéndose a esas dimensiones o a casos o

hechos individuales puntuales y fragmentados. Las violencias cotidianas que son la fuente de las violencias excepcionales, acaban por tolerarse, principalmente las ejercidas por quienes se encuentra en una posición de superioridad racial, sexual, genérica, de clase y etaria en el entramado social. Entre los dispositivos de naturalización del maltrato humano cotidiano está, como hemos dicho, el patriarcado o el intercambio desigual del capital y su control sobre el trabajo. El patriarcado resulta ser uno de los socios más eficaces, no el único, para que el capital soberano aliene y administre la vida y la muerte de millones de mujeres y hombres bajo lógicas excluyentes de imperio que no son ni excepcionales, ni anormales, sino asumibles, lógicas y naturales, funcionando incluso internamente pero bajo la apariencia y creando la sensación de que son ajenas y lejanas a su real dinámica de funcionamiento.

Siguiendo esta secuencia, y utilizando la idea foucoulitiana de biopolítica o biopoder, podríamos decir que si el sistema capitalista necesita del trabajo asalariado y se aprovecha de las diferencias sociales para consolidarse y reproducirse, administrando sacrificialmente la vida y la muerte de los seres humanos en función de todo aquello que permite su mantenimiento y su supervivencia acumulativa (a partir de esa destrucción creadora y la racionalización de lo irracional). Simultáneamente, en una escala inferior desde el punto de vista de su reconocimiento y valoración para el sistema, también necesita del trabajo precario en sus diferentes modalidades, con el trabajo doméstico como ejemplo significativo, porque permite el mantenimiento de su estructura desigual y violenta, ya que posibilita tanto a los grupos o a las clases medias asalariadas y a los grupos y a las clases medias y altas emprendedoras que puedan respirar y eximirse de las obligaciones que el espacio familiar y doméstico les exige (cuidado de menores de edad, de personas de la tercera edad, limpieza de la casa, compra de alimentos, etc.) y de sectores de la economía que requieren actividades laborales peligrosas por su dureza o por sus condiciones flexibles y de incertidumbre (economía extractiva como la minería, el ámbito pesquero, mundo de la agricultura, el sector de los “falsos autónomos”, etc.), para poder disfrutar de un tiempo libre y de vida consumista que les permita recuperar el aire necesario para seguir reproduciendo la lógica y la dinámica del capital y del valor de cambio desigual y excluyente.

Podríamos decir también que dentro del trabajo asalariado precarizado, el trabajo doméstico por su condición de ser un trabajo con régimen especial que hunde su raíz en el trabajo considerado improductivo

al interior del espacio del hogar y de la familia y que tradicionalmente ha sido adjudicado a las mujeres, y también por el contexto en el que se realiza, es, a su vez, la siguiente estación, después de la parada previa del trabajo asalariado y precarizado, de un viaje ya predeterminado por las vías del capitalismo que nos lleva a las puertas de otros tipos de trabajo más precarios, inhumanos y crueles. Tal como hemos explicado, es expresión de esa tendencia de naturalización de relaciones de dominación que afecta de una manera más general en el mundo del trabajo y en el contexto del capitalismo. Es decir, si entre las características del trabajo doméstico está la situación de precariedad, de ser una ocupación no considerada como empleo en la mayoría de las ocasiones, el ser pagado con bajos salarios, ser temporal, a tiempo parcial y no indefinido, y ser considerado mano de obra barata, resulta llamativo observar que la economía global tiende a extender estas mismas características al mundo del trabajo en su totalidad, dejando de reconocer las conquistas obtenidas por las luchas de los trabajadores con los derechos laborales y en los estados que pudieron ser reconocidos como estados de bienestar (SÁNCHEZ RUBIO y CRUZ ZÚÑIGA, 2018, pp. 40 y ss).

Incluso, siguiendo los planteamientos de Santiago Niño-Becerra (2015, p. 144), a partir de los años ochenta del siglo pasado, por diversas causas, el factor trabajo empezó a ser menos necesario, y esta tendencia ha ido creciendo hasta nuestros días. Cada vez se necesita menos el factor trabajo, y la parte que se precisa solo hace falta a tiempo parcial y temporalmente, no de forma indefinida. La crisis económica de 2008, provocada por la burbuja financiera, ha incrementado esa reducción de la calidad del trabajo y el incremento de las ganancias de eficiencia. El modelo del estado de bienestar en los países de capitalismo central y colonial se está resquebrajando. Reducir la desigualdad social y el bienestar de la ciudadanía han dejado de ser un objetivo y el mundo financiero se ha absolutizado, olvidándose del mundo real y del factor trabajo.

El desempleo y el subempleo se van generalizando y se aumenta la desigualdad en la distribución de la renta (NIÑO-BECERRA, 2015, p. 184, 222 y 224.) En definitiva, poco a poco solo una minoría privilegiada y dominadora se puede permitir el lujo de contratar a empleados/as precarios para que una gran mayoría solo puedan vivir en peores o en las mismas condiciones de precariedad que estos/as. El trabajo precario y en su modalidad de trabajo doméstico se va convirtiendo en el modelo de trabajo hacia el que se tiende a nivel general y global.

7 EL CINISMO DE LOS PODERES INNOMINADOS Y SALVAJES

En este apartado vamos a nominar y sacar a la luz algunos de los actores protagonistas y de los dispositivos de poder ejecutados por el sistema capitalista que rotulan su carácter cínico y frío. En otras obras hemos aludido a tres rationalidades que hay que combinar y complementar con estos actores y dispositivos: la rationalidad científica y técnica, la rationalidad económica y mercantil; y la rationalidad patriarcal (SÁNCHEZ RUBIO, 2018). Esta triada contribuye a fortalecer el sistema capitalista extendiendo su insensibilidad por el sufrimiento humano y por la injusticia estructural. Son rationalidades que tienden a abstraer la dimensión corporal, individual y particular de cada ser humano, en tanto sujeto que debe tener sus condiciones de existencia y de vida garantizadas dignamente y en función de sus diferencias. También terminan socializando unos comportamientos y unos hábitos cotidianos normalizados en los que predomina el tratamiento del otro o la otra, junto con la naturaleza, como un objeto y ni siquiera como tal, ninguneándolo, silenciándolo, ocultándolo e invisibilizándolo.

Consolidan los procesos de dominación y de sujeción excluyentes que como una ósmosis social, se hegemonizan y se transforman en costumbre y hábitos sociales naturales y generalizados. De todas maneras no las expondremos de nuevo y nos remitimos a otras obras que profundizan sobre ello (SÁNCHEZ RUBIO, 2018).

Seguidamente, como pretexto para introducir los dispositivos innominados y los poderes perversos naturalizados que afianzan la cultura cínica que subyace en el mundo del capitalismo central y del capitalismo periférico del sistema-mundo, vamos a recurrir a un personaje del universo cinematográfico de Marvel Studios que aparece, dentro de la saga de super-héroes *Los vengadores (Avengers)*, en sus dos últimas películas *Infinity War* (2018) y *Endgames* (2019), aunque también interviene en otras películas, como *Los guardianes de la galaxia*. Estamos hablando de Thanos, el gran enemigo de los super-héroes que tiene como propósito eliminar a la mitad de la población de cualquier especie inteligente que vive en cada planeta del cosmos. Este personaje tiene alguna conexión con Tánatos, el dios de la muerte dulce, tranquila y sin violencia de la mitología griega, y con su dios superior Hades, señor de los muertos. Thanos, totalmente convencido, piensa que la mitad de todas las poblaciones de las civilizaciones extendidas por el universo, deben desaparecer para que la otra mitad sobreviva. Eso

afecta a la Tierra y a los humanos. Sobra el 50 % de la población humana e incluso de la naturaleza para que el resto pueda vivir en condiciones supuestamente dignas. Bajo este personaje queremos visibilizar una posición cínica que, en el seno del capitalismo, se está haciendo imperante y ejecuta el dogma de precarizar el trabajo en nombre de la soberanía del mercado. Al igual que Thanos, de manera arrogante y prepotente, expresa que la mitad de la humanidad debe desaparecer y opera clasificando la realidad desde el par superior/inferior, amigo/enemigo, defendiendo la xenofobia, el racismo, el machismo o patriarcado, la violencia y la desigualdad colonial. Esta filosofía o imaginario se está haciendo más pública hoy en día sin vergüenza alguna. No tiene escrúpulos y varios son los sujetos y los dispositivos que implementan esta descarada desfachatez.

Es cierto que a lo largo de la historia, siempre existieron posiciones impúdicas y excluyentes de determinados seres humanos, de ahí que hayan existido en el pasado tantas purgas, guerras, pogromo, campos de concentración, exterminios, esclavitudes..., pero lo preocupante hoy es el deseo de manifestar odio y rechazo por lo humano sin excepciones y sin pelos en la lengua no aprendiendo de pasados genocidas y repitiendo esquematismos muy parecidos. Con un maniqueísmo extremista y fundamentalista, están surgiendo grupos que justifican inferiorizar, discriminar e incluso matar, calificando como enemigo (terrorista, bandido, comunista) a quien defiende derechos humanos para toda la humanidad y a quienes reivindican un trabajo vivo y emancipado del yugo del capital. En este sentido, Gustavo Zagrebelsky (2017) se refiere a un nihilismo estructural elevado a la máxima potencia. Está apoyado por una racionalidad económica de ganador/perdedor y por una religiosidad maniquea populista y, principalmente, de derechas.

Algunas manifestaciones de estos poderes cínicos, que también son oligárquicos las refiere Bartolomé Clavero con los llamados poderes innominados, que subyacen hasta nuestros días detrás de las instituciones: el poder del padre de familia (*fatherly power* o dominio jurisdiccional paternal) y el poder propietario (*power grounded on property* o dominio privado) descritos por John Locke en el *Primer ensayo del gobierno civil* centrado en la discusión con Robert Filmer sobre la monarquía absoluta y que son el soporte y el sustrato sobre los que camina la trinidad constitucional y su división, los tres poderes nominados y públicos desarrollados en el *Segundo ensayo del gobierno civil*. Para Locke el poder legislativo, el judicial y el federal sirven de garantía institucional de los

poderes innominados (CLAVERO, 2007, pp. 42 y ss.; LOCKE, 1991, pp. 53 y ss.; y MÉDICI, 2016, pp. 174-175). El poder doméstico o del padre de familia y el poder propietario poseen órbitas separadas y procedimientos distintos de apoderamiento, pero según Locke, para muchos son la fuente de todo poder, al que se le suman el poder federal y colonizador (CLAVERO, 2007, p. 42; LOCKE, 1991, p. 204). Los tres justifican la propiedad en el ámbito doméstico y sobre los frutos de trabajo propio, por cuenta ajena y el trabajo esclavo, que al acumularse por medio de la moneda, legitiman la protección de los tres poderes a los individuos propietarios o padres europeos propietarios, y a dilatarlos espacial y temporalmente por medio de la conquista de otras civilizaciones y otros reinos para establecer colonias y justificar el derecho de conquista, apropiación y esclavización. A. Médici añade diciendo que “esos poderes “doméstico, propietario y federativo, se transformaron en exorbitantes en el contexto de las colonias americanas” (2016, p. 175).

El poder del padre de familia y el poder propietario junto con el poder colonial se complementan con múltiples dispositivos de control y terminan consolidando una subjetividad indolente, pasiva, obediente y subyugada sobre los no propietarios, así como un imaginario con el que el *statu quo* hay que mantenerlo por medio de jerarquías, asimetrías y desigualdades naturales, indiscutibles y blindadas que controlan estructuralmente los medios de producción y de distribución.

En otro plano y en la época actual, otra expresión de los poderes instituyentes oligárquicos cínicos son los que Ferrajoli (1995) denomina poderes salvajes. La mayoría de ellos defienden la ley del mercado y las normas del mundo financiero, sustituyendo el orden del derecho por el orden de la economía, incluso apoyándose con aparatos estatales que, como infra-estado oculto y paralelo, consolidan el predominio de una nueva constitución, la del mundo económico de los negocios, por encima de la democracia política, los derechos humanos (con el derecho al trabajo entre ellos) y las constituciones políticas y jurídicas de los estados constitucionales de derecho. Los poderes salvajes son de cuatro tipos: a) poderes privados extralegales referidos a los macro-poderes económicos y financieros propios del mundo del mercado; b) poderes privados ilegales, vinculados con el crimen organizado, grupos terroristas y mafias; c) poderes públicos extralegales, que aluden a las actuaciones interestatales en el ámbito internacional contrarias al derecho internacional de los derechos

humanos; y d) poderes públicos ilegales, relacionados con los servicios secretos (FERRAJOLI, 1995, pp. 931 y ss.; 2014, pp. 139 y ss.).

Los poderes innominados y los poderes salvajes expresan tanto a los actores o agentes como a las dinámicas, lógicas y filosofías cínicas que articulan, difunden, expanden y consolidan las relaciones sociales, simbólicamente refrendadas, patriarcales, de dominación e imperio ya señaladas por H. Gallardo y H. Maturana. Asimismo, forman parte del suelo, el piso o la tierra de las relaciones de poder cotidianas y diarias que rodean y se internan en los poderes del estado y en el mundo del trabajo. Los mecanismos o dispositivos de los actores instituyentes oligárquico-plutocráticos, ahora se vuelven mucho más complejas y sofisticadas, afectando biológica, corporal, mental, cultural, espiritual y psíquicamente sobre la ciudadanía y sobre todos los seres humanos (desde la combinación de la bio-política o el bio-poder estudiado, entre otros, por Foucault y el psico-poder analizado por Byung-Chul (2014 y 2016), Médici (2011, pp. 131 y ss.) y Zagrebelsky (2017). Pese a ser relaciones de poder más difusas, anónimas, imperceptibles, ilocalizables, ocultas y difíciles de descifrar, siempre aparecen refrendadas por determinados actores o grupos oligárquicos que expanden un gobierno de élites y de pocos sobre estructuras fractales de dominación, establecidas verticalmente en forma de red, esparcidas heterárquicamente desde dinámicas excluyentes. Si bien es cierto que el poder se ejerce en un plexo de relaciones recursivas formando una estructura reticular sin centro determinado –pluriarquía de los sistemas complejos que se articulan multidimensionalmente (INNERARITY, 2020, p. 117)–, ese policentrismo no implica la eliminación de las jerarquías y los sistemas verticales.

8 CUARTA HIPÓTESIS: LA ESTRECHEZ DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU NECESARIA REFORMULACIÓN

Esta última hipótesis se basará en los dos libros de Christian Laval y Pierre Dardot: *La nueva razón del mundo* (2013) y *Común* (2015). En ellos se afirma que el neoliberalismo, antes que una ideología o una concreta política económica es, sobre todo, una racionalidad que tiende a estructurar y organizar, no solo la acción de los gobernantes, sino la conducta de los propios ciudadanos. Bajo el principio de la competencia como norma de conducta y de la empresa como modelo de subjetivación, el neoliberalismo no es solo destructor de instituciones, de derechos y servicios sociales, es

también productor de cierto tipo de relaciones sociales, de ciertas maneras de vivir y de ciertas subjetividades, abarcando y apropiándose de todas las formas de nuestra existencia, amaestrando los cuerpos y gestionando los espíritus de todos los seres humanos (LAVAL y DARDOT, 2013, pp. 14, 15 y 329). Entre otras cosas, se flexibilizan los mercados de trabajo para que el capital pueda generar riqueza y crecimiento. El mundo del derecho privado aniquila el mundo del derecho público haciendo del estado su máximo colaborador y cómplice para que la ética empresarial y el mundo de lo privado sean las instancias desde donde sus actores constituyen y significan la realidad.

Esta dinámica afecta al mundo de los derechos humanos. Con respecto al mundo laboral, el trabajo sigue bajo las garras del capital. La soberanía del propietario es el principio dominante del contrato de trabajo y su ejecución sigue estando bajo su mando absoluto, pese a algunas concesiones relativas a las condiciones de seguridad, salubridad, salarios. El problema es que ahora la dominación del capital se refuerza, y el vínculo de subordinación del asalariado con la empresa y su dueño permite por la flexibilidad del mercado de trabajo, privarlo de sus derechos (LAVAL y DARDOT, 2015, p. 557 y ss.). Las empresas son, aparentemente, propiedad de los accionistas, y los asalariados ya no son propietarios de nada. Las multinacionales, las megaempresas y las grandes corporaciones, en tanto agentes protagonistas del capitalismo financiero y del mundo del accionariado, provocan que los trabajadores y las trabajadoras queden reducidos a la posición de súbditos dirigidos bajo la dinámica de la competencia y la obtención de beneficio acumulativo.

A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, se impone un mercado de los derechos en materia de fiscalidad, de derecho comercial y de derecho del trabajo que beneficia a las multinacionales y las grandes corporaciones. El mercado pasa a ser el principio de legitimidad del derecho internacional y no los derechos humanos. El derecho mismo se convierte en un bien comercial que arrasa con la dignidad de los seres humanos y sus derechos fundamentales. El estado deja de ser el máximo garante de los mismos a nivel nacional, porque se convierte en la mano derecha de la *lex mercatoria* y el mundo de los negocios (LAVAL y DARDOT, 2015, p. 604 y ss.). Lo instituido es reapropiado por poderes ilegítimos constituyentes e instituyentes oligárquicos y plutocráticos. Si el derecho debe tener como finalidad la protección de las personas a nivel nacional e internacional, el tiempo del comercio es mucho más

rápido que el de los derechos y acaba por marcar el ritmo del tiempo y el espacio, de lo posible, lo deseable y lo factible. El libre cambio y el respeto absoluto del derecho de propiedad acumulativa y de avariciosos se imponen como lógicas bajo la protección y la promoción de los estados. Se frena la extensión de los derechos humanos y se despolitizan, anulando la capacidad participativa, democrática y constituyente de los seres humanos (SÁNCHEZ RUBIO, 2018).

Asimismo, a nivel oficial y general y también en la cultura jurídica, predomina un imaginario demasiado reducido y estrechos sobre derechos humanos. La razón se debe a que se muestra exclusivamente formalista, teórico, jurídico-positivo por normativista, burocrático, delegativo, punitivo y también pos-violatorio. Debido a ello, produce una débil e insuficiente protección y garantía de los derechos. Cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas de carácter tanto nacional como internacional, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que les dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la vida, la igualdad y la solidaridad). Los derechos humanos aparecen así como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación, como realidades ajenas a nuestro día a día a las que acudimos en situación de excepcionalidad o que, mecánicamente creemos que están ahí para agarrarlos cuando nos sentimos conculcados u ofendidos en nuestra dignidad. Se fomenta una cultura indolente, desentendida y pasiva.

Por esta razón se hace necesaria una visión diferente de estos, que sea más compleja y ampliada y que ponga su foco de atención en la capacidad instituyente de los pueblos, la sociedad civil popular, la ciudadanía y los seres humanos concretos y relationales (SÁNCHEZ RUBIO, 2018), que sirva para recuperar el papel no fetichista de las instituciones, pero sobre todo de las propias personas, para analizar, entender y enfrentar algunas de las posibles causas que tienden a ser caldo de cultivo para producir, promocionar y consolidar situaciones de explotación y desigualdad de las personas que se emplean como trabajadores precarios asalariados en general y como trabajadoras domésticas en particular en tanto antípodo de formas análogas a la esclavitud.

Frente a esa cultura cínica y de poderes salvajes e innominados y contrariamente a la noción estrecha de derechos humanos existente, proponemos una manera de practicarlos, concebirlos y entenderlos más amplia, que sirva de complemento y enriquecimiento y no de rechazo de

los elementos garantistas. Para ello, los derechos humanos los entendemos no solo como valores, libertades o principios reflejados en las normas jurídicas e interpretados por los operadores jurídicos y la doctrina, sino principalmente como bienes jurídicos y no jurídicos con los que se posibilita al ser humano acceder, concretizar, realizar y hacer realidad la satisfacción de sus necesidades y el disfrute de una vida digna de ser vivida. La praxis instituyente de cada ser humano en sus relaciones y por medio de las tramas sociales sobre las que creamos y producimos nuestras sociabilidades, es el basamento principal. A ello se suman las luchas sociales, individuales y colectivas, junto con las instituciones (estado, mercado y comunidad) articulan medios, modos, caminos y opciones diversas que concretizan a los derechos humanos en su relación con los valores de igualdad, libertad, solidaridad y vida. Asimismo, los derechos humanos guardan relación con la capacidad de que todo ser humano sea reconocido como sujeto, sin ser inferiorizado, despreciado, marginado o humillado por razones raciales, sexuales, de género, socio-materiales o de clase, etarias, religiosas, etc. Mediante ellos, se posibilita y garantiza la capacidad individual y colectiva de todos, sin excepciones, de poder crecer en autoestima, autonomía y responsabilidad (SÁNCHEZ RUBIO, 2018).

Si se cuestiona la dimensión formal, normativa, estatal, burocrática, delegativa y post-violatoria de los derechos humanos, repensando y rehaciendo un concepto más centrados en las luchas sociales y en sus actores protagonistas, junto con la garantía para hacerlos efectivos no solo jurídicas, sino también sociales, económicas y culturales, se podría así enfrentar la dinámica excluyente y de desigualdad que subyace en las relaciones que se construyen en el marco del mundo del trabajo, aspirando a una cultura contra-hegemónica anticapitalista y neoliberal que transforme en todas las parcelas de la existencia su racionalidad excluyente de la competencia y empresarial. En estos procesos y estrategias, recuperar un concepto de trabajo vivo como acción creadora de realidad y satisfactor de una vida digna de ser vivida, se contribuiría al objetivo de lograr que los discursos de inclusiones abstractas se cimenten sobre un suelo y un terreno estructural de inclusiones concretas, matriciales y particulares, siendo el mundo del trabajo uno de los lugares estratégicos más basales.

Por ello, tal como hemos abordado en otros trabajos (SÁNCHEZ RUBIO, 2018, 2019a y 2019b) hay que animar a que la sociedad en su conjunto cree mecanismos multigarantistas, pluriespaciales, heterodimensionales, multi-escalares y pre-violatorios que instituyan

derechos humanos desde una praxis instituyentes que se muevan bajo dinámicas matriciales, de emancipación y liberación, cimentadas sobre relaciones y tramas sociales participativas de colaboración, cooperación, reciprocidades, reconocimientos mutuos y solidaridades, muy en la línea de la praxis instituyente popular defendida por Dardot y Laval en el sentido de articular procesual y permanentemente espacios, entornos e instituciones “comunes” que resignifiquen el ámbito público y el mundo del mercado (LAVAL Y DARDOT, 2015, p. 460 y ss). De esta manera se podrá transformar la socialización de comportamientos y hábitos no solo institucionalizados en instancias estatales, sino también aquellos cotidianos normalizados en los que predomina el tratamiento del semejante (el trabajador y la trabajadora asalariada, los trabajadores autónomos y los falsos autónomos, la empleadora y la empleada doméstica o seres humanos despreciados o inferiorizados por el capital, como los inmigrantes indocumentados) como un objeto o tan ni siquiera como tal, ninguneándolo, silenciando, ocultando e invisibilizando aquellos sufrimientos que son fruto de las injusticias producidas por esos comportamientos y esas costumbres.

Dentro de los tres procesos causales que afectan a las clases sociales referidos por Erik Olin Wright, pero ampliándolo a todos los movimientos sociales y colectivos que enfrentan la lógica patriarcal, racista y de clase, la estrategia debería encaminarse por el fortalecimiento del poder obrero (y popular o multitudinario) frente al capital, además de desmercantilizar la fuerza de trabajo y fortalecer el poder social sobre la actividad económica (WRIGHT, 2018a, p. 15).

En esas luchas y resistencias, también hay que recuperar un concepto de trabajo vivo más amplio, rico y complejo que el dominado, precarizado y controlado por el capital, en el que el ser humano sea realmente el centro instituyente y no un simple complemento. Asimismo hay que reivindicar un criterio emancipador de derecho al trabajo como condición para el ejercicio de la libertad de todos sin excepciones, para así poder ganar en autoestima, empoderarnos y poder significar y resignificar nuestras propias realidades sin subordinaciones, ni dependencias a la racionalidad instrumental, crematística y sacrificial del capitalismo. El referente humano, el reconocimiento de su dignidad y una apuesta clara, comprometida y valiente a favor de su prioridad se hacen necesarias para que toda producción humana no produzca una jerarquía fetichista e idolátrica que inferioriza y aliena a quienes son los verdaderos sujetos protagonistas, los seres humanos. De lo que se trata es

de construir sociedades en las que toda forma de trabajo esté en función de los seres humanos y no que el trabajo, en sus distintas expresiones, y los seres humanos estén en función del capital. También hay que consolidar unos poderes innominados cuyas dinámicas relacionales sean de emancipación, liberación y matriciales, sin poderes salvajes que se muevan más allá de las normas que protegen y garantizan los derechos y que instituyan realidades dentro y fuera de las instituciones del estado convocando, aplicando y consolidando los criterios de riqueza y agencia humanas explicados.

REFERENCIAS

- ANZALDÚA, Gloria. **Borderlands/La Frontera. The New Mestiza.** Aunt Lute, San Francisco, 2000.
- CLAVERO, Bartolomé. **El orden de los poderes. Historia constituyente de la trinidad constitucional,** Trotta, Madrid, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** Saraiva, São Paulo, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón,** Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos,** Trotta, Madrid, 2014.
- GALLARDO, Helio. **Siglo XXI, producir un mundo,** Editorial Arlekín, San José, 2006.
- GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos,** Gráficas F. Gómez, Murcia, 2008.
- GALLARDO, Helio. **América Latina. Producir la Torre de Babel,** Editorial Arlekín, San José, 2015.
- GROSFOGUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global (p. 373-403), en De Sousa Santos, Boaventura y Meneses, María Paula (eds.), **Epistemologías del Sur (Perspectivas),** Akal, Madrid, 2014.
- HAN, Byun-Chul. **Psicopolítica,** Herder, Barcelona, 2014.

HAN, Byun-Chul. **Sobre el poder**, Herder, Barcelona, 2016.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Asamblea**, Akal, Madrid, 2019.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest**, Tecnos, Madrid, 1989.

HERRERA FLORES, Joaquín. **El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana**, Aconcagua, Sevilla, 2005a.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2005b.

HERRERA FLORES, Joaquín. **De habitaciones propias y otros espacios negados: una teoría de las opresiones patriarcales**, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2005c.

HINKELAMMERT, Franz. **Cultura de la esperanza y sociedad sin exclusión**, DEI, San José, 1995.

HINKELAMMERT, Franz. **El grito del sujeto**, DEI, San José, 1998.

INNERARTY, Daniel. **Una teoría de la democracia compleja, Gobernar en el siglo XXI**, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020.

LAVAL, Cristian; DARDOT, Pierre. **La nueva razón del mundo**, Gedisa, Barcelona, 2013.

LAVAL, Cristian; DARDOT, Pierre. Común, Gedisa, Barcelona, 2015.

LOCKE, John. **Dos ensayos sobre el gobierno civil**, Espasa Calpe, Madrid, 1991.

LUGONES, María. Colonialidad y género, en **Tabula Rasa**, nº 9, 73-101, 2008.

MARX, Karl. **El Capital**, tomo I, Fondo de Cultura Económica (FCE), Bogotá, 1959.

MATURANA, Humberto. **El sentido de lo humano**, J.C. Sáez Editores, Santiago de Chile, 1991.

MÉDICI, Alejandro. **El malestar en la cultura jurídica**, Editorial de la Universidad de La Plata, La Plata, 2011.

MÉDICI, Alejandro. **Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano**, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes-San Luis Potosí, 2016.

NIÑO-BECERRA, Santiago. **La economía. Una historia muy personal**, Los Libros del Lince, Barcelona, 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina (p. 201-246), en Lander, Edgardo, (comp.), **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**, CLACSO, Buenos Aires, 2001.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social (p. 67-105), en De Sousa Santos, Boaventura y Meneses, María Paula (edit.), **Epistemologías del Sur (Perspectivas)**, Akal, Madrid, 2014.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofía, derecho y liberación en América Latina**, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1999.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Direitos humanos, ética da vida e trabalho vivo (p.139-177) en Wolkmer, Antonio Carlos (Org.), **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Reflexiones en torno al concepto contemporáneo de trabajo esclavo y la prostitución (p. 249-271), en Correa Borges, Paulo César (org.), **Tráfico de pessoas para exploração sexual: prostituição e trabalho sexual escravo**, NETPD, Cultura Académica Editora. São Paulo, 2013.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación**, Akal, Madrid, 2018.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Praxis instituyente, común y multigarantías de derechos humanos, en Sánchez Bravo, Álvaro y Medina Casado, Guadalupe, **Democracia, pluralismo y derechos humanos**, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2019a.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Derechos humanos a tiempo completo y en todo lugar: una propuesta multigarantista en materia de (mal)trata de personas (pp.21-35), en CORDERO, Nuria y CRUZ ZÚÑIGA, Pilar (editoras), **Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos. Retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos**, Dykinson, Madrid, 2019b.

SÁNCHEZ RUBIO, David; CRUZ ZÚÑIGA, Pilar. Desigualdades, asimetrías y explotación en el trabajo doméstico: un atentado contra la libertad y la dignidad humanas en América Latina, en **Abya Yala**, vol. 2, nº 3, 2018, p. 40-63.

SEGATO, Rita Laura. **La guerra contra las mujeres**, Traficantes de sueños, Madrid, 2017.

WANDELLI, Leonardo. **O direito humano e fundamental ao trabalho. Fundamentação e exigibilidade**, LTR, São Paulo, 2012.

WRIGHT, Erik Olin. **Comprender las clases sociales**, Akal, Madrid, 2018a.

WRIGHT, Erik Olin. En entrevista de **Casassas, David y Szlinder, Maciej**, Sociología y epistemología de las utopías reales: una conversación con Erik Olin Wright, **Sin Permiso**, nº 15, 2018b, p.193-210.

YOUNG, Iris Marion. **La justicia y la política de la diferencia**, Cátedra, Madrid, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder**, Trotta, Madrid, 2017.

O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE BRAZILIAN STATE AND THE SOCIAL INCLUSION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Rafael José Nadim de Lazari*
Adolfo Mamoru Nishiyama**

SUMÁRIO: Introdução. 1 O papel do Estado na inclusão das pessoas com deficiência. 1.1 Antiguidade e Idade Média. 1.2 O Estado Liberal e a Revolução Francesa. 1.3 O declínio do Estado Liberal. 1.4 O fortalecimento das Constituições. 2 O Estado brasileiro e a inclusão social das pessoas com deficiência. 2.1 A Constituição Federal de 1988 e a inclusão social das pessoas com deficiência. 2.2 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2.3 A Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o papel do Estado na inclusão social das pessoas com deficiência. Para tanto, analisa-se o desenvolvimento histórico da posição estatal em relação àquele grupo vulnerável. O Estado brasileiro, por sua vez, avançou bastante no tocante à legislação protetiva das pessoas com deficiência, incorporando ao seu ordenamento jurídico a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Posteriormente, foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que promoveu desenvolvimento ainda maior na legislação brasileira. No entanto, há ainda muitas barreiras a serem vencidas para que efetivamente ocorra a inclusão social das pessoas com deficiência na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Constituição. pessoas com deficiência. inclusão social. direito do acesso.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the function of the State in the social inclusion of people with disabilities. For this, the historical development of the State position in relation to that vulnerable group is analyzed. The Brazilian State, on the other hand, has made significant progress in the protection of people with disabilities by incorporating into its legal system the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol signed in New York on March 30, 2007. After, the Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities was

*Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Advogado e consultor jurídico.

**Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado em São Paulo.

Artigo recebido em 01/07/2019 e aceito em 08/10/2019.

Como citar: LAZARI, Rafael José Nadim de. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. O Estado brasileiro e a inclusão social das pessoas com deficiência. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 293-308. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

promulgated, which prompted even greater development in Brazilian legislation. However, there are still many barriers to be overcome in order for the social inclusion of people with disabilities to take place in Brazilian society.

Keywords: Constitution. people with disabilities. social inclusion. right of access.

INTRODUÇÃO

O objetivo do Estado, como é sabido, é a busca do bem comum. Isso fica mais evidente com o desenvolvimento da teoria do Estado social, no qual se busca a proteção dos grupos vulneráveis e das minorias. Nesse sentido, ganha destaque o constitucionalismo que se desenvolveu a partir da Revolução Francesa, e, mais recentemente, destaca-se o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo¹. Essa nova teoria desenvolveu-se após o término da Segunda Guerra Mundial, na qual houve a violação atroz dos direitos humanos. Os direitos humanos, pós Guerra, passaram a ser preocupação constante do direito internacional e houve o renascimento do constitucionalismo nos diversos Estados.

Nesse cenário histórico desenvolveu-se, na era moderna, a necessidade de proteção das pessoas com deficiência pelos Estados, em especial a sua inclusão social. As liberdades públicas positivas passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Aos poucos, os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos passaram a ser incorporados nas Constituições dos diversos Estados, entre os quais o brasileiro. É assim que a Constituição da República Federativa do Brasil passou a prever, em diversos artigos, a necessidade de inclusão das pessoas com deficiência.

O presente artigo pretende demonstrar como o Estado brasileiro aborda a questão da inclusão social das pessoas com deficiência. Inicialmente, analisar-se-á o tratamento conferido pelo Estado às pessoas com deficiência na Antiguidade e na Idade Média. Na era moderna, passar-se-á pela Revolução Francesa, o declínio do Estado liberal e o ressurgimento do constitucionalismo. Verificar-se-á como o Estado brasileiro faz a proteção das pessoas com deficiência, em especial em relação à sua inclusão social, analisando o texto constitucional, a Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹ Nesse sentido: “Com o fracasso do positivismo e o resgate do elemento axiológico do direito pelo humanismo, diversos documentos internacionais e nacionais sobrevieram, num processo de internacionalização, regionalização e incorporação dos direitos fundamentalmente humanos declarados expressamente. Embora tenha se pretendido um retorno ao conceito de lei natural, o que surgiu foi um novo movimento, chamado *pós-positivismo*” (LAZARI, 2017, p. 62).

O trabalho está limitado à pesquisa qualitativa, com levantamento bibliográfico, observando-se o desenvolvimento evolutivo da proteção das pessoas com deficiência ao longo da história, culminando com a análise do tratamento jurídico conferido pelo Estado brasileiro a esse grupo vulnerável.

1 O PAPEL DO ESTADO NA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1 Antiguidade e Idade Média

O Estado é dotado de certas características que o compõem. Seus quatro elementos básicos são: a *soberania*, o *território*, o *povo* e a *finalidade* (DALLARI, 2011, p. 79). Não há um consenso sobre o seu surgimento. Os pensadores apontam, pelo menos, três teorias a esse respeito: (a) para alguns doutrinadores, o Estado sempre existiu junto com a própria sociedade, pois o homem está integrado em uma organização social dotada de poder e possui uma autoridade que determina o comportamento de todo o grupo; (b) outros autores entendem que a sociedade humana existiu sem o Estado por certo período de tempo. Posteriormente, por motivos diversos, o Estado foi constituído para atender às necessidades dos grupos sociais, não havendo concomitância no surgimento do Estado em diferentes lugares, uma vez que ele foi surgindo conforme as condições concretas de cada lugar; (c) uma terceira corrente entende que o Estado nasceu a partir do século XVII, pois é dotado de certas características muito bem definidas que só foram esboçadas nesse período (DALLARI, 2011, p. 60-61).

Apesar de o conceito de Estado como usualmente se comprehende ter surgido a partir do século XVII (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2006, p. 45), não se pode ignorar que “indícios estatais” (isto é, elementos pré-constitutivos do Estado) já existiam desde a Antiguidade, influenciando na vida das pessoas. Durante muito tempo, o Estado não se preocupou com a proteção das pessoas com deficiência. Pelo contrário, elas não possuíam direitos. A lei não permitia a convivência social das pessoas “disformes ou monstruosas” e, consequentemente, ordenava-se ao pai que matasse o filho que nascesse com alguma espécie de deficiência (COULANGES, 1975, p. 183). A cultura de vários Estados rejeitava as pessoas que nasciam com alguma deficiência, sendo que a prática do infanticídio vigorou por séculos. É o que se nota, por exemplo, na antiga Índia, onde os filhos com malformação eram jogados no rio Ganges. Por outro lado, quando

não eram mortos, não possuíam direitos. Por exemplo, pelo código de Manu as pessoas com deficiência como “os cegos e surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados”, não eram admitidos a herdar (NISHIYAMA, 2016, p. 28).

A situação das pessoas com deficiência não melhora na Idade Média. Este período foi influenciado profundamente pelos dogmas da Igreja Católica, uma vez que as representações de saúde e doença passaram a ter fundamento religioso. A Idade Média foi marcada por catástrofes e pestes, como a hanseníase², e a sociedade procurava explicações sobrenaturais, o que era preenchido pelo Cristianismo. Jesus Cristo representava o guardador das almas, e os santos eram reverenciados para prevenir as doenças. Os sacerdotes cristãos eram os enviados de Deus para conferir a cura e os milagres tanto do corpo quanto da alma. Essas crenças sobrenaturais levaram ao surgimento da Santa Inquisição nos séculos XIII e XIV, liderada pela Igreja Católica, com a perseguição, tortura e morte das pessoas com deficiência, principalmente em relação àqueles que tinham alguma deficiência intelectual (MACIEL, 2007, p. 22-23).

A Igreja Católica possuía milhares de propriedades, o que a tornava forte e poderosa. Além disso, a personificação de Cristo e de um Ser Supremo fazia com que as pessoas submetessem sua vontade à da Igreja por causa da fé (GALBRAITH, 1999, p. 96). Havia uma profunda crença arraigada na sociedade medieval de que a Igreja deveria ser obedecida e seus dogmas aceitos (GALBRAITH, 1999, p. 96). A Santa Inquisição era um meio de impor a autoridade religiosa, com a queima dos dissidentes e das pessoas consideradas insanas, mas, por outro lado, havia também a promessa de que algo melhor e mais duradouro deveria seguir-se após a morte (GALBRAITH, 1999, p. 98).

Ao final da Idade Média, a hanseníase começa a desaparecer na Europa, mas entre os séculos XIV e XVII surgiu “uma nova encarnação do mal, um outro esgar do medo, mágicas renovadas de purificação e exclusão” (FOUCAULT, 1978, p. 07). Os hospitais de dermatologia³ tinham se espalhado por toda a Europa no período das pestes, mas agora essa estrutura passará a ser usada para a exclusão de outros grupos

² A hanseníase, também conhecida como lepra, se espalhou durante a Idade Média. Segundo Michel Foucault: “A partir da alta Idade Média, e até o final das Cruzadas, os leprosários tinham multiplicado por toda a superfície da Europa suas cidades malditas. Segundo Mathieu Paris, chegou a haver 19.000 delas em toda a cristandade” (FOUCAULT, 1978, p. 07).

³ No livro de Foucault é utilizada da palavra “leprosário”, mas, atualmente, o termo correto é hospital de dermatologia.

como “os pobres, vagabundos, presidiários e ‘cabeças alienadas’” (FOUCAULT, 1978, p. 10).

A hanseníase foi substituída, inicialmente, pelas doenças venéreas, mas não são elas que assegurariam, no Renascimento, o papel que cabia à hanseníase no interior da cultura medieval. Esse novo protagonismo passou a ser das pessoas com transtornos mentais. Elas passaram a ser internadas nos antigos hospitais de dermatologia, que haviam sido criadas no período das pestes. Houve verdadeira exclusão das pessoas com deficiência na sociedade europeia nesse período.

1.2 O Estado Liberal e a Revolução Francesa

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão francesa (26.08.1789) foi um marco para o surgimento do constitucionalismo moderno. A limitação do poder estatal e a consagração de direitos aos cidadãos foram marcos fundamentais da Revolução Francesa.

O tema central daquela revolução foi a liberdade, o que fortaleceu o Estado liberal. Exigia-se abstenção do Estado nas relações jurídicas entre as pessoas privadas. Consagrou-se o Estado mínimo, característico da chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Segundo Michel Foucault, “no decorrer do século XVIII, alguma coisa mudou na loucura” (FOUCAULT, 1978, p. 417), uma vez que ela estava emergindo novamente. O número de pessoas com transtornos mentais aumentou consideravelmente nesse período, o que levou a abertura de uma série de casas destinadas a receber essas pessoas. Só em Paris, por exemplo, foram abertas cerca de vinte casas particulares. Houve uma inovação em comparação ao século anterior, pois, se antes as pessoas com transtornos mentais ficavam segregadas nas grandes casas de internação, encontravam agora uma terra de asilo que seria só delas, em razão da grande quantidade de casas abertas nesse período. Talvez isso possa explicar a multiplicação de pessoas com transtornos mentais na Europa.

O século XVIII é caracterizado pelo medo da “loucura”, impondo-se às pessoas com deficiência intelectual o seu isolamento social. Os novos hospitais que foram criados não tinham estrutura diferente daqueles que os tinham precedido no século anterior. Na realidade, as condições de internamento não mudaram, e embora fossem destinados especialmente às pessoas com deficiência intelectual, os novos hospitais não melhoraram em nada no tange ao tratamento médico.

No período da Revolução Francesa havia algumas pessoas com transtornos mentais. Em 1834 eram apenas dez mil, bem poucas em comparação aos dez milhões de indigentes, trezentos mil mendigos, mais ou menos cem mil vagabundos, cento e trinta mil menores abandonados etc. (CASTEL, 1978, p. 16). A maioria desses problemas sociais agudos permaneceu sem solução até as primeiras “leis sociais” da Terceira República. A primeira grande medida legislativa que prevê um direito à assistência e à atenção para uma categoria de indigentes ou de doentes é a lei sobre os alienados, de 30 de junho de 1838. Essa lei instaura “um dispositivo completo de ajuda com a invenção de um novo espaço, o asilo, a criação de um primeiro corpo de médicos-funcionários, a constituição de um ‘saber especial’, etc.” (CASTEL, 1978, p. 16).

1.3 O declínio do Estado Liberal

O período entre as duas guerras mundiais marcou o colapso dos valores e instituições liberais (HOBSBAWM, 1995, p. 113-143). Entre os valores liberais havia a desconfiança da ditadura e de governos absolutos, além disso, havia o compromisso com governo constitucional e assembleias livremente eleitas para a garantia do domínio da lei e um conjunto de direitos garantidos que consistiam na liberdade individual.

Antes do início da Primeira Guerra Mundial (1914), esses valores liberais só haviam sido contestados pelas forças tradicionais da Igreja Católica Romana, que defendiam os seus dogmas enraizados há muitos séculos, e pelas forças da democracia, que era incipiente, mas perturbadora. No entanto, o mais perigoso de todos esses movimentos de massa foi o *trabalhista socialista*, que estava totalmente comprometido com valores “da razão, ciência, progresso, educação e liberdade individual quanto qualquer outro” (HOBSBAWM, 1995, p. 114).

Nesse período iniciou-se a crise do liberalismo mundial, o que se acentuou quando Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Havia no mundo inteiro poucos governos eleitos e constitucionais, sendo que aproximadamente um terço dos territórios eram colônias e, por definição, não eram liberais.

A ameaça às instituições liberais vinha apenas da direita política, já que o comunismo estava isolado e não se expandiu após a ascensão de Stalin. O comunismo tornou-se uma força apenas mantenedora do Estado, e não uma força subversiva, além disso, não se questionava

seu compromisso com a democracia. Já a direita política ameaçava a ideologia da civilização liberal no tocante ao governo constitucional e representativo; tais movimentos foram denominados *totalitarismo* ou *fascismo* (HOBSBAWM, 1995, p. 115-116).

Antes mesmo do início da Primeira Guerra Mundial já existiam movimentos extremistas da ultradireita, como nacionalistas e xenófobos, incentivadores dos ideais da guerra e da violência, intolerantes e praticantes de atos totalmente antiliberais, antidemocráticos, antiproletários, antisocialistas e defensores do sangue e dos valores antigos que a era moderna estava destruindo (HOBSBAWM, 1995, p. 129).

Após a Primeira Guerra Mundial, o colapso dos velhos regimes como as velhas classes dominantes e seu maquinário de poder, deu oportunidade ao fascismo de ascender ao poder na Europa, principalmente naqueles países em que o funcionamento dos antigos regimes estava em crise. Assim, surgiram as condições ideais para a ascensão e triunfo da ultradireita com uma massa de pessoas desencantadas, desorientadas e descontentes (ARENDT, 2012, p. 444), principalmente a massa de desempregados e excluídos da sociedade. Havia também a ameaça de uma revolução social (RIBEIRO, 2000, p. 144) e o ressentimento nacionalista contra os tratados de paz pós-guerra (1918-1920). Nessas condições, os liberais italianos conferiram poder aos fascistas de Mussolini em 1920-1933, mas tudo conforme o velho regime liberal, ou seja, “constitucionalmente” (ARENDT, 1999, p. 49-50). Giorgio Agamben explica que Hitler provavelmente não teria ascendido ao poder se a Alemanha não estivesse no estado de exceção há quase três anos, autorizado pelo art. 48 da Constituição de Weimar (AGAMBEM, 2004, p. 28-29).

No entanto, o fascismo e o nazismo, uma vez no poder, recusavam-se a jogar segundo as regras do antigo regime liberal, passando a tomar a posse de todas as instituições e eliminando seus rivais (HOBSBAWM, 1995, p. 130). Isso ficou claro quando os nazistas ascenderam ao poder e passaram a ignorar a Constituição.

Houve um declínio do liberalismo entre as duas guerras mundiais tanto na Europa quanto na América Latina. O capitalismo e a democracia liberal só retornaram ao mundo fortalecidos após 1945, quando a burguesia passou a apelar para a força e a coerção, assim como faziam os fascistas (HOBSBAWM, 1995, p. 139).

A estabilidade dos regimes democráticos após a Segunda Guerra Mundial fundamentou-se nos milagres econômicos das décadas seguintes,

o que também atingiu a nova República Federal da Alemanha, aumentando o padrão de vida da maioria dos cidadãos. Nessas condições favoráveis prevalecia o acordo e o consenso, com as negociações periódicas de salários e vantagens com os sindicatos. Dessa forma, os direitos sociais começaram a se consolidar após a Segunda Guerra Mundial.

1.4 O fortalecimento das Constituições

O que se viu na Segunda Guerra Mundial foi o genocídio de milhares de seres humanos. O regime nazista exterminou, nas câmaras de gás, todas as pessoas que, na sua visão, não mereciam viver, pois não agregavam nada à sociedade. Eram homossexuais, doentes e deficientes intelectuais. Eles queriam uma sociedade perfeita separando os “aptos” dos “inaptos”. Em uma sociedade com essa visão não havia lugar para as pessoas com deficiência, que foram exterminadas, como era o caso de pessoas com deficiência intelectual.

O término do conflito mundial em 1945 reacendeu a discussão sobre as soluções de preservação da dignidade humana, em especial por causa das atrocidades cometidas pelos nazistas contra o povo judeu, os opositores e os “inaptos”. Os Estados que saíram dos regimes totalitários passaram a proteger as declarações liberais nas suas Constituições de forma mais eficaz e criaram mecanismos jurídicos de prevenção e repressão contra os atos que as desrespeitassem (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 180).

Além disso, houve o fortalecimento dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (GUERRA, 2013, p. 96). Esse foi um fenômeno do pós-guerra em face das inúmeras violações aos direitos humanos perpetrados na era Hitler, o que ultimou a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945. A partir de então, surgiram vários instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional com a finalidade de preservação da dignidade humana. Esses instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos foram incorporados por muitas Constituições mundo afora como proteção dos direitos fundamentais.

O fortalecimento das Constituições após o término da Segunda Guerra Mundial será determinante para o desenvolvimento do Estado social; este se aplicará nas chamadas Constituições analíticas, como a brasileira, e não nas sintéticas, como a dos Estados Unidos (DANTAS,

2013, p. 244). O constitucionalismo contemporâneo passou a se preocupar com vários aspectos, tais como a valorização da democracia enquanto origem do Poder, a prevalência da dignidade humana, a valorização do controle de constitucionalidade com a difusão das Cortes Constitucionais e do processo constitucional, a consagração de princípios constitucionais e dos novos processos de interpretação constitucional etc. (DANTAS, 2013, p. 244). Essa expansão dos Estados sociais será determinante com a questão da inclusão dos grupos vulneráveis, entre os quais as pessoas com deficiência.

2 O ESTADO BRASILEIRO E A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

As Constituições brasileiras anteriores não fizeram menção expressa à proteção das pessoas com deficiência. Havia, sim, referências vagas como invalidez, desvalidos, sanidade física etc., mas não no sentido de proteção ou inclusão das pessoas com deficiência. A Emenda Constitucional nº 12 à Constituição de 1967, promulgada em 17 de outubro de 1978, observou algum avanço nesta questão ao prescrever:

“Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos” (ARAUJO, 2011, p. 69).

Essa emenda observou a tendência mundial de inserção da proteção das pessoas com deficiência em textos constitucionais. Por exemplo, dois anos antes, a Constituição Portuguesa de 1976 passou a prever essa proteção em seu artigo 71º (Cidadãos portadores de deficiência). A doutrina aponta, porém, que a proteção específica das pessoas com deficiência “só surgiu após a efetivação dos direitos sociais nos diplomas constitucionais modernos” (ARAUJO, 2011, p. 69). Os direitos sociais foram previstos pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 e, posteriormente, na Constituição de Weimar de 1919. A inclusão das pessoas com deficiência no Estado brasileiro observou uma longa jornada, que passou pela Segunda Guerra Mundial e pela especificação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, principalmente após a década de 1950, até chegar no

país em 1978. A EC nº 12/1978 foi o primeiro texto expresso que se referiu às pessoas com deficiência.

Destaca-se no texto a preocupação com a melhoria da condição social e econômica das pessoas com deficiência, em especial a proibição da discriminação. O legislador começou a se preocupar com a discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência, principalmente nas relações trabalhistas. Apesar desta previsão constitucional, a vida das pessoas com deficiência não observou uma melhoria. O direito do acesso aos edifícios e logradouros públicos foi outro avanço destacado na norma, o que será reforçado com a Constituição Federal de 1988. Aliás, a atual Constituição brasileira foi mais progressista em relação à inclusão das pessoas com deficiência. No entanto, não há um capítulo específico sobre o assunto, mas essa proteção está de forma dispersa, por meio de vários dispositivos, a saber: art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, §1º, II e §2º; e art. 244. Acrescente-se que o art. 40, §1º, I, da Constituição prevê que os servidores públicos serão aposentados por *invalidez* permanente, e o art. 201, I, prescreve também a cobertura dos planos de previdência social, mediante contribuição, a cobertura, entre outros, dos eventos de *invalidez*. A partir do advento da Constituição de 1988 houve uma proliferação da legislação ordinária específica às pessoas com deficiência (NISHIYAMA, 2016, p. 22-23). Portanto, o Estado brasileiro avançou bastante em relação à proteção das pessoas com deficiência e sua inclusão social, seja no âmbito constitucional, seja na legislação *infraconstitucional*.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e a inclusão social das pessoas com deficiência

A Constituição atual prevê “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” (art. 203, IV). Duas observações devem ser feitas. Uma delas refere-se à “pessoa *portadora* de deficiência”. Hoje, não se fala mais em “portadora” de deficiência. O correto é pessoa com deficiência. *Portar* dá a entender que alguém pode levar consigo ou não, como, por exemplo, um documento. Ela pode portar ou não o documento. Isso não acontece com a deficiência. Atualmente, a ênfase que é dada é para *a pessoa* e não para a deficiência. A partir da década de 1990, a expressão “pessoas com deficiência” passou a ser utilizada pela doutrina.

A segunda observação está relacionada com a palavra “integração” das pessoas com deficiência. O texto constitucional prevê sobre a “integração” daquelas pessoas. Os significados de integração e inclusão são diferentes, apesar de estarem interligados “à ideia de inserção daquele que está incluído” (MADRUGA, 2013, p. 104). A diferença entre ambas é destacada pela doutrina:

“Na integração, a sociedade permite a incorporação de pessoas que consigam adaptar-se por meios próprios, as quais fazem parte de grupos distintos entrelaçados ou não, enquanto na inclusão todos fazem parte de uma mesma comunidade, sem divisões em grupos. Isso exige da esfera pública e da sociedade condições necessárias para “todos” e não só para aqueles que conseguem adaptar-se” (MADRUGA, 2013, p. 104).

Portanto, na integração as pessoas com deficiência são incorporadas na sociedade desde que elas consigam se adaptar por meios próprios e na inclusão elas fazem parte da sociedade, sem que haja divisão em grupos. Na inclusão, as barreiras atitudinais são suplantadas, pois há uma conscientização de que todos fazem parte de um grupo único, pessoas com deficiência ou não, e com igualdade nos direitos e responsabilidades. Já na integração, a sociedade acolhe as pessoas com deficiência sem que haja uma mudança para recebê-las.

Um dos instrumentos para que haja a inclusão social das pessoas com deficiência é o *direito do acesso* previsto na Constituição Federal em seus artigos 227, §2º, e 244. O primeiro dispositivo preleciona que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência. O segundo determina que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes para garantir acesso adequado às pessoas com deficiência, conforme prevê o art. 227, §2º. A inclusão social inicia-se com o direito do acesso, superando as barreiras físicas (barreiras urbanísticas, arquitetônicas e nos transportes)⁴. Note-se que o constituinte originário destacou a necessidade de adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte

⁴ Barreiras urbanísticas são as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados aberto ao público ou de uso coletivo; barreiras arquitetônicas são as existentes nos edifícios públicos e privados; barreiras nos transportes são as existentes nos sistemas e meios de transportes (Art. 2º, II, “a” a “c”, da Lei nº 10.098, de 19-12-2000, com nova redação dada pela Lei nº 13.146/2015).

coletivo *atualmente* existentes para que não se invoque direito adquirido, ou seja, essa adaptação é obrigatória tanto para os novos, quanto para os antigos logradouros, edifícios e veículos de transporte coletivo.

A inclusão social das pessoas com deficiência também tem o seu fundamento no art. 1º, III, da Constituição Federal, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. As pessoas com deficiência fazem parte da mesma sociedade. Em pleno século XXI não há mais espaço para discriminações e exclusão social. Por outro lado, outro princípio constitucional lastreia a inclusão social, que é o da isonomia (art. 5º, *caput*). Essa isonomia não é a meramente formal, mas sim a material. Significa dizer que as pessoas com deficiência têm o direito à inclusão em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, seja no trabalho, na escola, no lazer etc. É isso que determina o comando constitucional.

2.2 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo

O Estado brasileiro avançou ainda mais em relação à legislação protetiva ao promulgar, por meio do Decreto nº 6.949, de 25-08-2009, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. O Congresso Nacional aprovou, por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 09-07-2008, a referida Convenção utilizando-se do procedimento do §3º do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, passou a equivaler a uma emenda constitucional. O Governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008.

O propósito da Convenção da ONU é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (art. 1º). Pode-se notar que o objetivo da Convenção é assegurar a dignidade humana indistintamente para todas as pessoas com deficiência, o que se coaduna com a Constituição brasileira.

O art. 1º da Convenção define pessoas com deficiência como sendo “aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em

igualdade de condições com as demais pessoas". Essa definição também se harmoniza com a Constituição brasileira, pois reforça a ideia de isonomia material entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência.

O art. 3º destaca os princípios gerais que norteiam a Convenção, a saber: (a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (b) a não-discriminação; (c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; (d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; (e) a igualdade de oportunidade; (f) a acessibilidade; (g) a igualdade entre o homem e a mulher; (h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Essa Convenção da ONU procurou conferir ampla proteção às pessoas com deficiência sobre igualdade e não discriminação (art. 5º); mulheres com deficiência (art. 6º); crianças com deficiência (art. 7º); conscientização (art. 8º); acessibilidade (art. 9º); direito à vida (art. 10); reconhecimento igual perante a lei (art. 12); educação (art. 24); saúde (art. 25); trabalho e emprego (art. 27) etc.

2.3 A Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência

Com a finalidade de regulamentar a Convenção da ONU, foi editada a Lei nº 13.146, de 06-07-2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Essa lei é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Percebe-se que a legislação para a inclusão social das pessoas com deficiência avançou bastante nos últimos anos. No entanto, é preciso ainda vencer as barreiras atitudinais, assim consideradas as atitudes ou comportamentos que impedem ou prejudicam a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas (art. 3º, IV, e, do Estatuto). Essas barreiras podem ser causadas tanto pelo Estado, quanto pelo particular. A Convenção da ONU e o Estatuto da Pessoa com Deficiência tornaram-se importantes instrumentos normativos para que efetivamente haja inclusão social.

As pessoas com deficiência desejam ter autonomia no seu dia a dia para se tornarem cidadãos, como qualquer outra pessoa. Para tanto, é importante a acessibilidade, ou seja, a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, seja na zona urbana seja na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 3º, I, do Estatuto). Nota-se que o legislador procurou proteger as *pessoas com deficiência por equiparação*, assim consideradas as pessoas com mobilidade reduzida que são aquelas que tenham, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idosos, gestantes, lactantes, pessoa com criança de colo e obeso (art. 3º, IX, do Estatuto).

A lei prevê também que haja adaptações razoáveis que são aquelas adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, para assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais (art. 3º, VI, do Estatuto).

É importante destacar que o Estatuto prevê um título específico para a acessibilidade (Título III), dividido em quatro capítulos: Capítulo I - Disposições gerais; Capítulo II - Do acesso à informação e à comunicação; Capítulo III - Da tecnologia assistiva; Capítulo IV - Do direito à participação na vida pública e política. O direito do acesso é um dos importantes instrumentos para a inclusão social. É um direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida possa viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social (art. 53 do Estatuto).

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro avançou em relação à legislação protetiva dos direitos das pessoas com deficiência. O comando constitucional estabelece uma série de normas protetivas àquelas pessoas. Posteriormente à Constituição de 1988, o legislador ordinário editou uma série de normas com a finalidade de regulamentar o texto constitucional e permitir a inclusão social.

Entretanto, a incorporação da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência no direito brasileiro, equivalente à emenda constitucional, sedimentou a proteção desse grupo vulnerável. Em adição, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) veio a regulamentar os diversos pontos da Convenção da ONU.

É certo, porém, que ainda há várias barreiras a serem suplantadas para que efetivamente ocorra a inclusão social das pessoas com deficiência. Há barreiras urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações, atitudinais e tecnológicas a serem derrubadas pelo meio do caminho, mas a sociedade brasileira, aos poucos, está se conscientizando da necessidade de inclusão social das pessoas com deficiência.

Essa inclusão decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Há a necessidade de que as pessoas com deficiência possam viver com autonomia. Para tanto, o instrumento necessário é o direito do acesso, pois só há deficiência se a sociedade for deficiente. É a sociedade que deve se adaptar às pessoas com deficiência e não o contrário. Só assim haverá inclusão social.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília, DF: CORDE, 2011.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução de Hilário Tornoni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LAZARI, Rafael de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MACIEL, Silvana Carneiro. **Exclusão/inclusão social do doente mental/louco**: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Universidade Federal de Paraíba. João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1099. Acesso em: 18 dez. 2018.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016.

RIBEIRO, Darcy. **Processo civilizatório**: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras: Publifolha, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RESPONSABILIDADE CIVIL E SOCIAL NA BUSCA POR ATUAÇÕES NEGOCIAIS MENOS ATROZES

CIVIL AND SOCIAL RESPONSIBILITY IN SEARCHING FOR BUSINESS ACTIONS LESS HARMFUL

Rodrigo Ichikawa Claro Silva*

Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral**

SUMÁRIO: Introdução. 1 As decisões empresariais sob um agir proficiente e responsável. 2 Justeza e legitimidade dos parâmetros adotados. 3 Completude valorativo-jurídica dos padrões de condutas responsáveis. 4 Contabilidade das consequências e responsabilidades. 5 Valoração da pessoa na busca responsável por procederes socialmente profícuos. Conclusões. Referências.

RESUMO: Consiste em reflexões acerca de um imperativo enquadramento ético e social das condutas empresariais, notadamente sob a perspectiva das pessoas que as deliberam e executam, visto que, não obstante a autonomia privada e a liberdade gerencial dos agentes, todos compõem uma ordem social valorativa que é esteada pela integral tutela humana, a qual inclusive lhes atinge. Mais especificamente, atém-se a um almejado futuro cenário donde a preocupação com a coletividade sobreponha-se a interesses individualistas e até irresponsáveis daqueles que, visando meramente a própria promoção, ainda colocam em risco outras pessoas - geralmente inocentes. Objetiva-se, então, contemplar diretrizes jurídico-sociais que visem o alcance de melhores níveis de segurança, equilíbrio e bem-estar social, pelo enfoque de uma necessária conscientização do agente quanto à sua responsabilidade social, ainda que no âmbito mercadológico-empresarial, pela satisfação e a tutela da coletividade, bem como pela repressão de riscos e danos desarrazoados. Utilizando o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em obras atinentes ao campo jurídico, tem-se a conclusão de que, apesar da plausível evolução de determinados institutos formalmente asseguradores de direitos e garantias fundamentais à pessoa, na realidade ainda decorre uma intensa afronta ao cerne do anseio protetivo que é visado por nosso ordenamento. Isto pois, as práticas negociais e empresariais ainda, quando orientadas pela pura teoria mercadológica do lucro, geram riscos e danos indevidos à sociedade, o que fomenta assim a necessidade pelo desenvolvimento de sistemas de responsabilização e conscientização direcionados a cenários mais vinculados à própria formação de uma sociedade mais efetivamente humanizada e responsável.

* Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar Maringá, tendo sido bolsista pelo PROSUP/CAPES. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral, e em Direito Civil e Empresarial.

** Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora da Universidade Estadual de Londrina.

Artigo recebido em 17/06/2019 e aceito em 29/10/2019.

Como citar: SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro; AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do. Responsabilidade civil e social na busca por atuações negociais menos atrozes. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 309-340. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

Palavras-chave: gestão empresarial. autonomia limitada. responsabilidade social. dignidade e direitos humanos.

ABSTRACT: It consists on reflections about an imperative ethical and social framework of business conduct, notably from the perspective of the people who deliberates and executes them, since, despite the agents' private autonomy and managerial freedom, all composes a valuing social order based on the integral human protection, which even affects them. More specifically, aimed at a desired future scenario where the concern for the community overrides individualistic and even irresponsible interests of those who, aiming merely at their own promotion, still put other people at risk - generally innocent. The objective is, therefore, to contemplate legal and social guidelines that aim at achieving better levels of security, balance and social well-being, by focusing on the necessary awareness of the agent regarding his social responsibility, even in the market-business context, for the satisfaction and protection of the community, as well as for the repression of unreasonable risks and damages. Using the deductive method, with bibliographic research in works related to the legal field, we have the conclusion that, despite the plausible evolution of certain institutes formally guaranteeing fundamental rights and guarantees to the person, in reality there is still an intense affront to the core of the protective longing that is envisaged by our order. This is because, business and business practices still, when guided by the pure market theory of profit, generate risks and undue damage to society, which thus fosters the need for the development of accountability and awareness systems directed to scenarios more linked to the formation of a more effectively humanized and responsible society.

Keywords: business management. limited autonomy. social responsibility. dignity and human rights.

INTRODUÇÃO

As atividades empresariais, principalmente porquanto voltadas à grande rentabilidade de suas ações, acabam por acarretar consequências que potencialmente impactam o equilíbrio, a paz e a higidez social. Por trás de cada decisão empresarial, no entanto, figuram pessoas físicas as quais, seres humanos que são, para além da consolidação normativo-jurídico de sua tutela legal, nutrem-se pelos mesmos componentes naturais, éticos e morais inerentes ao cerne da própria condição humana, notadamente quanto aos elementos garantidores de uma vida digna, hígida e livre de riscos ou danos exacerbadamente prejudiciais ao ser humano.

Tanto que, os riscos antes corridos por determinadas pessoas - muitas vezes inocentes de sua ocorrência -, frente a atitudes de agentes empresariais egoisticamente preocupados tão somente com sua promoção institucional e a maior lucratividade de seus resultados, vem sendo permeados pela imposição de um maior controle materializado em normas e instituições mais preocupadas com o trato de tais riscos, inseguranças e danos -desajuziadamente contraídos outrora. Nesta diretriz cabe, inclusive, defender-se uma contabilização especificamente voltada ao direcionamento das condutas empresariais sobre caminhos mais éticos e

responsáveis na formulação de suas metas, estruturas e condutas, seja no campo interno ou externo à empresa.

Ademais, hodiernamente o comprometimento para com princípios éticos, valores morais e sociais têm de determinar os critérios e parâmetros definidos para a autenticação das ações dos gerenciadores empresariais, notadamente no que tange à sua aceitação no quadro das condutas socialmente responsáveis e humanamente legítimas. Assim, tem-se uma nova etapa de amadurecimento das corporações, sobretudo na figura das pessoas que lhe compõem e dirigem, quanto à tomada de decisão pelos agentes há de mostrar-se cada vez mais preocupada com o bem-estar social, e menos com interesses individuais - como a ascensão na escala da instituição empresarial.

Neste caminho, a preocupação solidária com a concretização dos direitos humanos e das melhores condições a uma vida digna e segura para todos, constitui viés essencial do aparato valorativo que há de sustentar a responsabilidade de cada um para com o próximo, inclusive com o alinhamento de tradicionais institutos jurídicos, como a autonomia privada, o negócio jurídico, o dano e a responsabilidade civil, à linha de uma concepção moralizada de preocupação com os efeitos sociais de sua aplicação. Suplanta-se, para tanto, as concepções obsoletas de outrora, que incentivavam condutas individualistas as quais, temerariamente, pautavam-se sobretudo pela exclusiva busca estrita do maior resultado econômico.

A tal vista, o intuito deste trabalho esteia-se na preocupação de aferir as diretrizes jurídico-sociais atinentes a uma conscientização geral dos agentes, mormente no sentido de que o agir dos dirigentes empresariais - como pessoas que são - há de dotar-se por um sentido maior do que as meras metas internas da instituição econômica. Até porque, em vista da própria configuração ética e social da corporação, esta precisa então conformar, também, os potenciais efeitos - benéficos ou maléficos - de seus atos no âmbito da coletividade.

É justificada a diligência em razão das proporções representadas pelo número de pessoas indevidamente expostas a riscos, e ainda desnudadas da mais elementar tutela que lhes deveria caber, dentro de uma contínua problemática de projeção global que, assim, incita a necessidade pelo fomento da concretização de parâmetros que assegurem o melhor preparo do indivíduo na tomada de medidas mais dignas, justas, legítimas, solidárias e efetivamente pautadas sobre os firmamentos da invariável efetivação dos direitos humanos.

Para desenvolvimento do texto utilizou-se o método dedutivo, via pesquisa bibliográfica, notadamente por meio da interpretação sistemática de doutrinas e normativas pertinentes, no campo do Direito, ao fim de realizar os objetivos traçados, com a ordenação de conclusões no sentido de que, na razão da práxis empresarial inserem-se cada vez mais elementos dotados de valoração ético-moral e social, porquanto todo agente é dotado pela mesma configuração humana, a qual deve ser observada e fomentada inclusive pelas condutas empresariais.

1 AS DECISÕES EMPRESARIAIS SOB UM AGIR PROFICIENTE E RESPONSÁVEL

Infelizmente, virtudes assentes nos preceitos de consideração e respeito ao próximo foram drasticamente sobrepujadas pelo enaltecimento do individualismo e lucratividade atinentes à ideologia do sucesso buscado ‘a todo custo’, num ambiente de ‘vale tudo’, donde os preceitos ético-morais perderam espaço para os econômicos. Aliás, na própria formação profissionalizante, por exemplo:

A arrogância, auto-suficiência, insensibilidade, egoísmo, esbanjamento e a superficialidade de alguns administradores dos Bancos, que ensinavam em Escolas próprias estes defeitos de caráter como características da função, já eram um problema sério das nossas sociedades (PINTO, 2010, p. 97).

A ideia da produtividade pautada sobre o atingimento de metas descomedidas, a serem alcançadas mesmo que necessária a rarefação dos recursos ou o ensejo de malefícios aos ‘opONENTES’, foi patentemente adotada por muitas empresas e organizações que, sob a justificativa de seu progresso no mercado, alçaram também o sucesso da produtividade individual à posição de pré-requisito para a própria manutenção do cargo ou a conquista de outro melhor por seus dirigentes. E, mesmo quando aparentemente suficientes os níveis atingidos pelo agente, em tal anseio sempre foram - e ainda são - impostos cada vez mais ônus e metas, bem como atribuídas maiores expectativas por resultados mais rentáveis e diferenciais no âmbito de um mercado insaciável.

Desta cultura decorreu a formação de algumas condutas insolentes, junto à adoção de anseios desmedidos. E, inclusive, as regras econômicas muitas vezes passaram a desconsiderar as regras legais, numa irresponsabilidade institucional refletida em seus agentes que buscaram

diminuir custos e promover seu sucesso, mesmo que as ações assumidas colocassem em risco a própria vida, de pessoas próximas ou de terceiros, observado que, geralmente, os mais afetados pelas consequências drásticas de tais condutas são terceiros inocentes - vítimas alheias que arcam¹ com o despudor de outrem.

Frente às premissas postas, é mais constante a predileção pelo desempenho de atos relacionados à promoção pessoal ou institucional, do que as referentes à segurança, prevenção de riscos ou danos, e outras demais que deveriam se tornar de imprescindível assunção porquanto, hora ou outra, podem culminar em tragédias ou danos irreversíveis², os quais, para além de meras exceções trágicas, passam infelizmente a figurar como regra³ por conta da constante ‘irresponsabilidade ou incompetência gerencial’, tanto no âmbito privado quanto em determinadas condutas - omissivas ou ativas - de uma Administração Pública na qual “os sucessivos déficits de funcionalidade, operacionalidade e efetividade decisórias, no âmbito dos Estados-nação, traduzem os momentos finais da era declinante” (FARIA, 2004, p. 112).

Em paralelo a este quadro, considerando também que a “sustentabilidade deve ser observada por lentes amplas, transcendendo a idoneidade nas relações privadas” (AMARAL, RICCETTO, 2017, p. 102), cabe inclusive ao Estado cobrar que os atores sociais e empresariais cumpram os princípios da solidariedade e da sustentabilidade, em todos os processos e meios de rendimentos - perpassando pela obtenção de

¹ Isto pois, ilustrativamente: “o cidadão comum irá pagar - pela consolidação das finanças públicas, pela bancarrota de Estados estrangeiros, pelas crescentes taxas de juros da dívida pública e, se necessário, por mais um resgate de bancos nacionais e internacionais - com suas economias particulares, com cortes em benefícios públicos, com redução de serviços públicos e com impostos mais altos” (STREECK, 2012, p.51).

² Certos danos são previsíveis e evitáveis, mas não na (i)lógica do lucro: “o rompimento das barragens era previsível. Foram mitigadas condições de segurança”, salientou a presidente da CUT-MG. Para ela “o crime está da lógica das mineradoras”. A sensação é que “o lucro compensa o preço das indenizações que estão sendo pagas”, disse. Disponível em: <http://forumsocialportoalegre.org.br/2016/01/21/cut-mg-alerta-no-fst-que-tragedia-de-mariana-nao-foi-acidente-e-nao-pode-cair-no-esquecimento/> Acesso: 13, maio, 2019.

³ “As teorias econômicas predominantes tendem a conceber a sociedade como uma entidade regida por uma tendência geral ao equilíbrio, em que as crises e a mudança não passam de desvios temporários do estadoável de um sistema normalmente bem integrado. Um sociólogo, no entanto, não é obrigado compartilhar dessa visão. Em vez de interpretar nossa atual atribulação como um distúrbio isolado em uma condição essencialmente estável, vou considerar a 'Grande Recessão' e o (quase) colapso subsequente das finanças públicas como a manifestação de uma tensão elementar subjacente à configuração político-econômica das sociedades capitalistas avançadas - uma tensão que faz do desequilíbrio e da instabilidade regra, e não exceção, e que encontrou expressão numa sucessão histórica de distúrbios no interior da ordem socioeconômica” (STREECK, 2012, p. 35).

insumos, o processo produtivo, o consumo, e até políticas pós-consumo, sob o imperativo de que esta forma de proceder “não se trata de simples predileção de agente idealista e engajado, mas de incontornável obrigação jurídica” (FREITAS, 2015, p. 194). Mas, infelizmente, ainda:

O indivíduo, em nome do seu direito de acesso aos bens materiais e à defesa dos seus interesses e da sua ambição, sente-se com total liberdade e autonomia no agir, sem culpas ou problemas de consciência quando prejudica outros ou ignora situações que podiam ser melhoradas ou evitadas por si. Não se sente responsável por nada e com nada está comprometido, tendo dificuldades em traçar os limites de sua ação egoísta (PINTO, 2010, p. 91).

Nesta seara, de forma ordinária, a empresa ‘tradicional’ foi acomodando a concessão e acobertamento de irregularidades ao esconder erros, excessos e imprudências velados até o momento em que causados danos graves ou descobertos conluios. Ademais, perversamente: “os gerentes tornaram-se engenheiros de sistemas de controle que, ao receberem sinal de anormalidade, partem em busca de soluções provisórias, as quais representam tentativa de apagar o incêndio que está ocorrendo naquele momento” (MOODY, 2003, p. 186).

Daí eclodem profundas consequências negativas à comunidade, com sério custo social inclusive aos próprios membros da empresa, mas estes na maioria das vezes se antecipam e cobrem com garantias o risco dos próprios abusos cometidos (MACKAAY; ROSSEAU. 2015, p. 578). Além disto, são geralmente amparados pelo ordenamento da corporação, ou pela própria lei em casos singulares e menos nocivos⁴.

Mas, a pura licitude do ato não detém o condão de atribuir impunidade aos agentes em dadas circunstâncias, a exemplo do que ocorre com o instituto do abuso do direito⁵ em que o agente extrapola a regularidade no exercício de certa prerrogativa, causando prejuízos pelos quais fica obrigado a reparar, não propriamente porque viola limites

⁴ “Assim, por exemplo, no caso de concorrência. Enquanto não usa de processos ilegais, o que caracterizaria concorrência desleal, é legítimo que um comerciante dispute com outro de igual ramo, a clientela que ambos pretendam. Do lucro de um ordinariamente resultará o prejuízo do outro” (RODRIGUES, 2008, p. 42).

⁵ Tem-se que: “o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem” (RODRIGUES, 2008, p.46).

formais da lei, mas por desviar-se dos fundamentos e fins sociais, bem como por lesar outrem⁶.

E, considerando aqui a imputação da responsabilidade civil como o ato de impor que o agente responda pelas consequências das condutas assumidas - quando lhe era possível agir de outra forma -, observa-se que a base da condenação é maior do que a do ato ilícito, principalmente porque há casos de indenização em que não se cogita da ilicitude da ação ou mesmo da intenção do agente. Ora: “além do ato ilícito há outros fatos geradores de responsabilidade” (DINIZ, 2010, p. 05).

Deveras, o sistema responsabilizador traduz a confiança de que serão assegurados direitos e garantias, bem como configura um abrigo para onde podem correr os descontentes, injustiçados e desamparados, em conta de lesões por atos antijurídicos de outrem (STOCO, 2011, p. 133). Para mais, “toda manifestação da atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social” (DINIZ, 2010, p. 04).

Nada obstante, na prática, a complexidade da sociedade de risco coloca vários obstáculos à imputação da responsabilidade civil, notadamente na seara ambiental quanto à determinação dos prejuízos, agentes e nexo causal. Tanto que emanam flexibilizações, a exemplo do nexo de causalidade quando, em dadas circunstâncias, incidem presunções legais de causalidade (BAHIA, 2012, p. 78).

Assim, torna-se imperativo que sejam consideradas outras perspectivas de valoração, ao fim de suplantar-se a mera transferência mecânica dos ônus ao causador que soluciona o conflito monetariamente, numa postura que mantém pessoas expostas a desumanos riscos e situações gerados por quem pode pagar pela resolução ou atribuí-la a seguros (MATTOS, 2012, p. 117). Trata-se de uma adaptação dos institutos à dinamicidade da contemporânea sociedade de riscos, pelo que inclusive “admite-se ‘nova categoria de dano’, a fim de otimizar a expansão irracional até então observada, buscando legitimar a responsabilidade civil e o próprio sistema jurídico” (FISBERG, 2018, p. 139).

Revela-se, no fundo, a própria tentativa do sistema responsabilizador em cumprir as diretrizes protetivas enunciadas por

⁶ “As questões de índole ambiental prestam-se bem para demonstrar essa possibilidade. Nelas, não será a violação do dever jurídico a ensejar o dever de reparação, cuja ênfase estará no benefício de uma situação que gerou danos, e que na origem nem sequer era considerada ilícita” (MATTOS, 2012, p. 79).

nossa ordem constitucional. Até porque, inclusive, “a constitucionalização do direito civil repercute na responsabilidade com a ampliação da tutela preventiva e reativa à ‘sociedade de risco’.” (FISBERG, 2018, p. 138). Assim, também o campo do direito privado visa instituir as potenciais vias de concretização dos preceitos constitucionais.

Ademais, na completude das soluções, visando as melhores formas de se evitar e solucionar problemas e (ir)responsabilidades, em quadros mais benéficos a todos, tanto indivíduos quanto instituições precisam desenvolver, concomitante e cooperativamente, outras culturas organizacionais coadunadas a medidas que concretizem o enfoque dos valores e princípios atinentes à própria essência de humanidade das pessoas e sociedades. Ao mesmo tempo em que, do ponto de vista técnico e econômico, não se inviabilize o proceder das empresas nutridas pela produtividade e o lucro.

Essência esta que há de se irradiar, também, para definição das metas e indicadores de desempenho, principalmente quando o alcance destes implicar em maior remuneração⁷ ou melhor posicionamento institucional. Nesta via, para além da qualificação pessoal por seu ‘valor de serventia’ quanto às capacidades de produzir e render, outras elementares como a higidez psicofísica (que abarca por exemplo fatores biológicos e sociais) vindicam consideração no estabelecimento das diretrizes e atuações negociais, em prol de melhores proveitos a todos. Nesta construção, pode-se considerar que: “uma forma de minimizar o problema é trabalhar não somente com indicadores de resultado, mas também com indicadores de processo que revelariam a maneira como esses resultados foram alcançados, e seus efeitos colaterais” (CARVALHO, et. al., 2013, p.64).

E, assim: “nesse contexto, podemos perceber a importância de técnicas mais modernas e, principalmente, de seres humanos mais comprometidos” (CARVALHO, et. al., 2013, p. 64). Cabe então, nesta feita, à empresa investir em pesquisas para definição das metodologias e grupos mais hábeis ao empreendimento de um desígnio dirigido pela busca de atuações menos nocivas, mais cooperativas e confiáveis⁸, bem

⁷ É certo que: “não se pode negar que a remuneração é um importante incentivo ao cumprimento de metas, embora não seja o único” (CARVALHO, et. al., 2013, p. 64). No entanto, exemplificativamente: “se anteriormente o salário era principal aspecto observado por candidato a emprego atualmente a possibilidade de evoluir na carreira tornou-se mais significativa e frequente” (CARVALHO, et. al., 2013, p. 95).

⁸ Pois: “a instituição funciona na medida em que cada um confia em que o outro a conhece e também a respeitará. É, portanto, mais preciosa quando o número de pessoas que a respeitam for elevado. A confiança será maior na medida em que, ao longo do tempo, a instituição for estável” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 85).

como do melhor exercício, controle e responsabilização quanto a tomada de decisões, mesmo que sempre pairem incertezas e custos na governança de certas atividades. De toda forma:

Nessa dinâmica, chama-se ao feito os *stakeholders* que interferem, em alguma medida, no processo de desenvolvimento, em especial as empresas. Exige-se deles o respeito aos direitos humanos, que adotem no centro de suas gestões uma governança pautada na ética e na transparência de suas ações. Assim, devem reordenar suas atividades de modo a atender o regramento internacional de promoção e respeito aos direitos humanos (POMPEU; SANTIAGO, 2018, p. 250).

Dessarte, visa-se o transpasse-se dos modelos de empresas pautadas pela pura teoria da produtividade e maximização do lucro a ‘todo custo’, também porque a própria higidez da Economia, tida como elemento integrante do desenvolvimento integral de um Estado de Direito que respeita e fomenta a dignidade humana, não pode nesta condição compactuar com arbitrariedades sistêmicas ou posturas estritamente individualistas e apartadas dos lastros sociais substancialmente necessários à sua própria legitimidade (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 44). Para além, “constata-se assim que os Estados-partes da ONU, além da função de promover e proteger os direitos humanos, devem estabelecer políticas públicas de combate a violações por parte das empresas a esses direitos” (POMPEU; SANTIAGO, 2018, p. 250).

Ainda, observa-se que, no âmbito interno do denominado direito societário, os controladores das empresas são submetidos a determinados deveres, como lealdade, prudência, diligência e boa-fé, decorrentes do próprio estatuto que a eles recai, sobretudo em razão da ótica econômica em que estes deveres auxiliam na atenuação ou na própria trava de riscos exacerbados. Ao passo que, assim, na promoção de seus interesses devem considerar os riscos de infringirem seus deveres, até porque: “tal transgressão poderá ser objeto de ação de responsabilidade, o que aumentará os custos *ex post facto* de comportamentos oportunistas e,

⁹ “Nessa perspectiva, constata-se que o Estado brasileiro tem desenvolvido algumas ações para inserir as empresas no compromisso e responsabilidade de proteção e promoção dos direitos humanos, aliando essas ações à busca de conciliar crescimento econômico com desenvolvimento humano. Exemplo recente pode ser verificado diante da promulgação do Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, o qual estabelece as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos” (POMPEU; SANTIAGO, 2018, p. 256).

respectivamente, diminuirá benefícios deles resultantes” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 595).

Também, exteriormente à gestão da empresa, cabe a tutela do Poder Público, mormente na figura do Estado-juiz, que há de controlar abusos de condutas e ameaças a pessoas ou direitos. Até porque, “a ausência de tutela jurisdicional que impute responsabilização quando verificada lesão a interesse juridicamente relevante, ou mesmo antecipe a intervenção estatal a fim de evitar o dano, ocasiona assimetria na posição de lesante e de lesado” (AMARAL; RICCETTO, 2017, p. 106).

No entanto a imprescindível responsabilização, seja em viés administrativo interno ou judicial externo, esbarra na dificuldade de se distinguir decisões boas e más, comedidas ou demasiadamente arriscadas, principalmente se considerado o fato de que os juízes por muitas vezes não detêm *expertise* bastante para adequadamente julgar o mérito de certas decisões empresariais. Para tanto é que, em regra, as revisões judiciais devem se ater à análise da limitação dos riscos que poderiam ser coerentemente assumidos, sancionando então os administradores que tomarem decisões não razoáveis e patentemente oportunistas ao interesse individual e em prejuízo à sociedade¹⁰. Neste raciocínio observa-se ademais que:

O viés procedural leva os tribunais a examinarem se os administradores seguiram procedimento decisório prudente e diligente ao se informarem quanto às decisões a serem tomadas, ou seja, obtendo as informações que, razoavelmente, estariam disponíveis consideradas as circunstâncias. Esse viés visa a impor responsabilidade aos administradores pelos danos decorrentes dos riscos que poderiam evitar se tivessem seguido procedimento decisório razoável (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 595).

Em suma, nada obstante a não abrangência específica, neste trabalho, da completude referente à concretização da ética no plano negocial, infere-se por axiomática a necessidade atual pela materialização de posturas e regras mais deontológicas, máxime no que atine à gestão das empresas contemporâneas, em sobrepujamento dos sistemas individualistas e devastadores de outrora. Isto pois, almeja-se a construção de arquétipos mais dignificantes da pessoa, em especial quanto à preocupação para com

¹⁰ E neste ponto: “portanto, os controles (externo, interno, social e jurisdicional) têm de assumir o protagonismo na redefinição da cultura publicista (administrativa, por exemplo) com determinações (não meras recomendações), voltadas ao balanceamento apropriado de custos e benefícios, em termos econômicos, sociais e ambientais” (FREITAS, 2015, p. 99).

os reflexos sociais das condutas - individuais ou institucionais - que, ao fundo, sempre refletem sobre um ser humano teoricamente protegido pelo valorado arcabouço de atributos, direitos e garantias fundamentais que visam a tutela e o fomento de sua própria dignidade.

2 JUSTEZA E LEGITIMIDADE DOS PARÂMETROS ADOTADOS

No enquadro dos senso de prudência, direito e responsabilidade, é imperativo que haja coesão rumo ao ideário de uma solidariedade pacificadora e significante da sociedade. A aspiração da Justiça reforça a necessidade social pelo campo do Direito no intento da determinação de soluções hábeis à resolução justa dos conflitos, sem recurso a um severo poderio político ou militar. A Política atua na concretização de certa ideologia e instrumentação da governança pelas leis, assentando o exercício do *imperium* perante o aceite de regras e soluções previamente chancelados por um grau de consenso (PINTO, 2010, p. 22).

Nesta correlação comprehende-se a imprescindibilidade de um sistema jurídico-político instituidor de parâmetros para a atuação dos indivíduos em sociedade, bem como a devida aplicação das repreensões e consequências sancionatórias cabíveis. Ademais: “se infere que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, o *neminem laedere*” (STOCO, 2011, p. 135).

Busca-se, no entanto, transpassar a coercibilidade do poder imposto para avançar rumo a um ideário de maior eticidade e justiça, independentemente do elemento formal da atuação estatal, visto que a dignificação da pessoa comprehende, para além da licitude ou legitimidade reconhecida pelo Estado, a real concretização dos valores e princípios intrínsecos à natureza humana, sob pena de derruimento da própria essência mantenedora da concepção de pessoa digna, bem como de sociedade livre, justa¹¹ e solidária. Na mesma linha, “é preciso que os estudantes comprehendam que, no Direito, há soluções simples, que cada um deles pode dizer e aplicar, conseguindo, por eles, aquilo que a lei, governo e tribunais não têm conseguido nem podem conseguir” (PINTO, 2010, p. 33-34).

¹¹ Ademais, Eduardo Vera-Cruz Pinto (2010, p. 101) aponta que: “sem honestidade das pessoas, palavra que sintetiza uma série de novos conceitos introduzidos no léxico jurídico, sem qualquer utilidade para a realização do Direito, não há economia justa regulada pelo Direito”.

E, na contínua construção de um agregado mandamental destinado à persecução da paz social, tutela da pessoa e dignificação humana, bem como da concretização de um senso de justiça globalizado, não há de ser tecnicamente a imposição coercitiva, política ou militar, que há de realizar o ordenamento jurídico-social. Mas sim as soluções representadas por concretas ações realmente humanas, que ultrapassem a frieza da lei ou de locuções teoricamente complexas e destituídas de tangibilidade prática. Como exemplo pragmático, tem-se que:

Em última análise, o princípio constitucional da sustentabilidade é uma diretriz que tem o condão de mudar, por inteiro, o edifício do Direito como sistema, não apenas pensado em moldes coercitivos, mas como poderoso indutor. Assim, o Direito Público cumprirá o papel indeclinável de incentivar a cooperação, a empatia e a preservação da biodiversidade. Passará a suscitar inovação, com fomento de modos de produção e consumo, compatíveis com o equilíbrio ecológico (FREITAS, 2015, p. 101-102).

Ora, há de se efetivamente projetar uma ação voluntária e concreta das pessoas, visto que, “sem a internalização de um sentido genérico de disciplina e sem o sistemático respeito às leis, aos códigos e às normas, a eficácia de uma determinada ordem legal acaba sendo comprometida, independentemente do poder repressivo do Estado que a impõe” (FARIA, 2004, p. 126). E, assim, almeja-se maior concretude à realização dos valores pelos indivíduos porquanto compreendido que, o “personalismo axiológico ordena as prioridades para agir em conformidade com as normas que promovem o humano, na sua concretização aplicadora, como valor supremo do Direito” (PINTO, 2010, p. 209).

E cabe ainda observar que, a legitimidade da resposta às reivindicações sociais também há de se nutrir pela pluralidade dos componentes da coletividade, sob pena de fazer-se eclodir uma grave crise institucional gerada pela não correspondência entre a atividade do sistema posto - instruída pelos sujeitos no poder -, e as necessidades de outros setores menos influentes, que reivindicam reconhecimento e habilitação para seguramente fruir dos direitos e liberdades que lhe são vitais. Segundo esta diretriz, registra-se que: “em todo corpo social, o respeito pela pessoa é considerado como um pré-requisito da legitimidade de todo governo e a exigência de liberdade como um direito sagrado de todo ser humano” (CHARBONNEAU, 1980. p. 141).

Assim, conjugando-se a relevante tutela formal com o anseio geral pela pluralização e a concreta efetivação do ordenamento como um todo, tem-se por ideal que as múltiplas normas adotadas não se contraditem prejudicialmente, pois hão de constituir um sistema coerente que, abrangendo determinadas peculiaridades, delimita um medial consenso o qual se afigure bastante para sustentar as bases da justiça e estabelecer um sentido de vida comum em dada conjuntura.

Trata-se, francamente, mais de uma concretização plural dos elementos sociais já formalizados do que uma incessante criação de classificações de normas ou campos - jurídico, social, político, ético, moral e etc. - ineficientes ou meramente teóricos. Aliás, a própria imposição global, ou a pressão das práticas sociais mais atualizadas, vindica uma atuação mais responsável do agente que pretende ser estimado pela sociedade. Nesta via, “a empresa busca atender a uma expectativa de comportamento social, colhendo, com essa atitude, reconhecimento público como forma, por exemplo, consoante relatado em Mun e Jung (2018) de alinhar-se com as exigências de investidores institucionais globais” (BANWWART JÚNIOR; FAVORETO; NOGUEIRA, 2020, p. 58).

Para tanto a implementação da prudência, nas relações jurídicas e sociais, como componente primordial à construção do campo mandamental das condutas, auxilia no alcance do bem de todos. Isto em acordo a um apurado conjunto de normas e elementos sociais representativos dos ideais de paz, justiça, solidariedade e dignidade, os quais cumprem-se fundamentalmente pelo Direito, tido como o ordenamento valorativo que se destina ao direcionamento geral das condutas humanas em razão do equilíbrio das liberdades e responsabilidades pessoais e coletivas, bem como pela promoção dos fatores que assegurem a dignidade humana. À formação deste quadro, inclusive:

Parto do princípio de que a educação universitária dos juristas não é apenas um ensaio sobre como ganhar a vida no exercício de uma profissão, mas sobretudo como viver de forma recta e honesta em sociedade e ajudar os outros a assim proceder, estimulando a criatividade para engendrar a paz através de soluções justas para conflitos cada vez mais complexos e violentos, como são os das sociedades contemporâneas (PINTO, 2010, p. 38).

Daí se infere que, superando a primazia do individual sobre o coletivo e da liberdade sobre a cooperação e a responsabilidade¹², as concepções hodiernas de Direito e Justiça têm de pautar-se notadamente pelos interesses coletivos e os reflexos de cada conduta no plano social. Enfim, trata-se de compreender a responsabilidade de cada um, nos conformes das normas, interesses e expectativas formulados pela comunidade, no que tange ao prisma da eticidade e justeza então almejadas no desempenho de todas as condutas humanas.

3 COMPLETUDÉ VALORATIVO-JURÍDICA DOS PADRÓES DE CONDUTAS RESPONSÁVEIS

O termo ‘responsabilidade’ tem sentido polissêmico e representa variadas significações, a exemplo de seu viés negativo referente a algo que se teme ou evita, bem como a conotação de um ônus adicional, uma amolação crítica e um dever que pode desaguar em consequências ou coações por conta do não cumprimento de certas obrigações. Mas, literalmente em sua gênese e origem, a palavra *respondere* - derivada do latim -, significa responder a algo ou alguma pessoa, revelando mais propriamente a necessidade de atribuir-se a alguém determinados atos (STOCO, 2011, p. 135).

Ademais, estampa a marca essencial daquele que tem possibilidades e assim escolhe uma posição, assumindo então as consequências. Ou seja, trata das condutas daqueles que dispõem, ainda que podendo errar e prejudicar terceiros, da condição e oportunidade para uma escolha racional, dotada de efeitos consequenciais. Aliás, justamente “dos paradoxos humanos, fruto da liberdade, nasce a responsabilidade” (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 21).

Outrossim, a responsabilidade não representa apenas aquilo que outrem decide ou impõe, contratual ou legalmente, mas também, e nesta forma se apresenta mais proficiente e superior, como algo voluntária e racionalmente assumido pelo agente em razão de aceitá-la por reconhecer a justeza da obrigação, e não meramente por temer o efeito do descumprimento. Mas em completude, “fundamentalmente o que mobiliza o ser para o cumprimento do dever, o vetor que desencadeia esse

¹² “Justamente porque liberdade significa renúncia ao controle direto dos esforços individuais que uma sociedade livre pode fazer uso de um volume muito maior de conhecimentos do que aquele que a mente do mais sábio governante poderia abranger” (HAYEK, 1983, p. 29).

assentimento, é a soma da consciência de sua prestabilidade social e o reconhecimento da inevitabilidade do cumprimento” (DINIZ, 2010, p. 47).

Tal corolário pode decorrer em face da violação de normas ou obrigações, submetendo o agente às consequências do ato, em variados campos, a exemplo de seus possíveis aspectos morais, civis e penais (DINIZ, 2010, p. 47). Mas, independentemente da esfera de incidência, quando se toma por base uma sociedade comprometida com valores e direitos humanos, a questão principal parece ser a validação do cumprimento do dever em razão de certos fundamentos valorativos. Daí se destaca, por exemplo, o fato de a possibilidade do uso da força, mesmo que presente de forma velada ou implícita, em verdade não mais atender requisitos essenciais à digna vivência social, notadamente porque incompatível com o cerne da real efetivação voluntária de direitos fundamentais¹³.

E, no avanço referente à aproximação dos valores e princípios para com os tradicionais institutos ordenadamente formalizados, compreende-se a necessidade por novas tendências e atualizados instrumentos que modifiquem inclusive os pilares da responsabilidade, notadamente a civil, máxime sob a ótica de efetivamente conseguir-se responsabilizar os usufruidores de ações lesivas. A exemplo da responsabilização imputada mesmo quando não cumpridos todos os aspectos formais da completude de certo padrão normativo, como decorre nos casos de dispensa da verificação de alguns elementos como a culpa ou o dano, em dadas circunstâncias¹⁴.

Ainda, em um redesenho da imprescindível autonomia privada, atribui-se uma dual finalidade à vista de se pretender o atendimento tanto do indivíduo - sujeito jurídico que a exerce -, quanto da sociedade como todo, no intuito da própria legitimação do ato perante o quadro relacional das pessoas atingidas, ou seja, o atendimento da função social que esteia as ações pessoais perante a ordem jurídico-social de regência.

Ademais, em reciprocidade, as ações e políticas estatais têm efeito decisivo na vida dos indivíduos, enquanto o desenvolvimento destes influi no progresso institucional, pois ambos os campos de ação se compõem e delimitam, visto que o plano público integra e ao mesmo tempo freia

¹³ Até porque: “o homem-pessoa, protagonista que cumpre o dever jurídico que lhe é atribuído, dá-se conta de sua própria dignidade, reconhecendo-se como valor em si mesmo. Tem noção de que essa dignidade precisa ser garantida pelo seu meio, o que faz do cumprimento do dever jurídico na sociedade complexa, em si mesmo, um exercício de resguardo da imunidade, necessário aos direitos fundamentais” (MATTOS, 2012, p. 47).

¹⁴ Aqui ressalta-se o fato de que: “(...) revolução industrial e, posteriormente, a tecnológica alterarão o quadro originário da responsabilidade civil, principalmente sob dois aspectos: o enfraquecimento da culpa e o enfraquecimento também do individualismo” (HOFMEISTER, 2000, p. 83).

e incentiva o privado, e vice-versa¹⁵. Para além, “nessa perspectiva, demonstra-se que questões de crescimento econômico, desenvolvimento social e efetivação de direitos humanos são de responsabilidade não apenas dos Estados, mas também dos atores econômicos, com destaque para as empresas” (POMPEU; SANTIAGO, 2018, p. 248).

Impulsionando esta evolução, seja sobre pontos de ajuste ou mudanças paradigmáticas, emana justamente a busca pela legitimação social, especialmente sobre o reconhecimento do sujeito como ente capaz de cobrir demandas e cumprir o título moral que lhe incumbe atribuir às suas condutas. Pois, precisa incidir sobre um almejado eixo de eticidade e socialidade em conformidade aos padrões que regem o atual cenário jurídico-político-social de suas responsabilidades (MATTOS, 2012, p. 51 e 82). Em complemento:

É importante demonstrar que o termo “responsabilidade social” que tem ganhado projeção no debate empresarial contemporâneo, não se confunde com “função social”. [...] A função social está implicada no quadrante jurídico, ao passo que a responsabilidade social está perspectivada sob a ótica da ética e da moral. [...] O aparato jurídico é institucional e possui uma força coativa estatal; já as disposições valorativas ou principiológicas que a ética e a moral impõem são provenientes da consciência individual e da expectativa social. A função social está adstrita à uma atividade determinada pelo direito. [...]. Não se trata, nesse caso, de compromisso ético ou moral, mas tão apenas de habilidade no emprego de meios. [...] A responsabilidade social, ao contrário, apresenta obrigações que são impostas pela dinâmica dos valores partilhados em uma determinada sociedade e, também, por princípios que valorizam o respeito aos direitos e garantias fundamentais. [...] Significa, pois, que a responsabilidade social é cobrada pelos fins realizados e, ao mesmo tempo, pela intenção que o determinaram (BANNWART JÚNIOR 2017, p. 38-39).

De toda forma, numa padronização valorativa das condutas, em prol dos melhores resultados à sociedade, infere se que “a função social da

¹⁵ Inclusive cabem os dizeres de Norberto Bobbio (2017, p.33) para ressaltar paralelamente que: “os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente interpenetram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos”.

empresa deve ser entendida pelo empresário como diretriz a ser seguida para obter licitamente lucros sem lesar e/ou infringir o direito da coletividade. Isso advém da produção de bens e serviços com responsabilidade na sua produção, intermediação e circulação” (OTTO, 2010, p. 688).

Ademais, apesar da complementação entre os institutos jurídicos, tal não é suficiente. A hodierna sociedade plural e complexamente fragmentada em suas características e pretensões singularizadas, passa por experiências que extrapolam a atual competência reguladora então comumente exercida pelo Direito. Também a demora ou a insuficiência na efetivação das atividades jurisdicionais contribui a que se vindique cada vez mais o compartilhamento de incumbências entre diversas instâncias fundamentadoras de resultados mais profícuos. Neste ponto o domínio da moral, que é mais extenso ao do direito, complementa o arcabouço integral que se propõe, no objetivo de impedir novos abalos ao equilíbrio e à ordem social (DINIZ, 2010, p. 22).

O objetivo, assim, é fazer-se superar as dificuldades e inconsistências, em prol das máximas de honestidade, justiça e solidariedade, nos propósitos de se buscar viver honestamente, não lesar outrem e dar a cada um o que lhe pertence ou deveria pertencer, para então fruir de uma vida melhor¹⁶. Tais responsabilidades e preceitos éticos, inclusive, correspondem a padrões e expectativas de elevação ou rechaço das condutas pelos membros de determinada sociedade, mesmo que não escritas suas diretrizes. Correspondem, assim, a valores morais típicos da crença de que certos comportamentos serão julgados eticamente¹⁷ corretos ou incorretos, justos ou injustos, pela sociedade que pode defini-los, por escorreitos ou não, e assumi-los na forma mais benéfica a todos.

Idem, com o elenco dos valores morais adotados por uma coletividade, define-se o que é ético em determinada conjuntura e, à vista disso, são formulados códigos de conduta que precisam ser cumpridos ao prol da higidez daqueles valores de esteio. Sendo que, a responsabilização no âmbito da moral, por sua vez, requer dentre outros elementos que o agente tenha liberdade de ação ou livre-arbítrio (DINIZ, 2010, p. 23).

¹⁶ Ora: “aqueles que vivem em sociedade e aceitaram as regras sociais, obrigações anímicas impostas pela moral e pela ética, enquanto compromissos supralegais, e pelo regramento institucional imposto pelo tegumento social, expresso no Direito Positivo, assumem o dever de não ofender, nem lesar, causar dano ou prejuízo sem que tenham justificativa ou eximiente, expressamente prevista na legislação de regência.” (STOCO, 2011, p. 139).

¹⁷ Compreende-se, aqui, que: “a ética é mais sistematizada e corresponde a uma teoria de ação rigidamente estabelecida. A moral, em contrapartida, é concebida menos rigidamente, podendo variar de acordo com o país, grupo social, organização ou mesmo o indivíduo em questão” (ASHLEY, 2002, p. 51).

Portanto, apenas deve ser responsabilizado por atos voluntários e dotados por certa racionalidade ou consciência sobre a obrigação, visto que não lhe cabe a imputação de um ato sobre o qual não tenha discernimento para devidamente assumi-lo juntamente às suas consequências - sejam estas positivas ou negativas.

Nesta forma, conjugando-se os ideários da justiça, segurança e bem-estar comum, almeja-se que o Direito irradie-se cada vez mais com valores morais e éticos para ordenar uma sociedade em que cada pessoa atue e sinta-se realizada não apenas por atingir suas metas, mas por colaborar para com a satisfação e a tutela de outrem, que lhe é semelhante. Ao mesmo passo em que todos hão de poder confiar no fato de que as outras pessoas também observarão o mesmo ordenamento e agirão com o mesmo respeito e cooperação.

4 CONTABILIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS E RESPONSABILIDADES

Diferentemente de tempos passados, no mundo contemporâneo há em certa forma o domínio, pelos seres humanos, de determinados riscos e variáveis, ultrapassada portanto a concepção de que o futuro pertencia ao capricho dos Deuses e que as pessoas ficavam passivamente rendidas aos fenômenos e vontades da natureza. Mas, apesar da possibilidade de se enfrentar ou mesmo controlar certos riscos por meio de processos racionalmente calculados, tal demanda restou avultada em razão do crescente surgimento de novas hipóteses de perigo, não tendo sido acompanhada, pois, pela instauração de medidas eficazes à sua contenção satisfatória (HOFMEISTER, 2000, p. 38).

Ademais, apesar de o sujeito atualmente conseguir gerenciar os riscos e algumas consequências por meio dos instrumentos disponíveis, ainda está muito longe de dominá-los adequadamente, porque extremamente variados e mutáveis. E, também, hoje vivemos mais expostos a riscos e incertezas porquanto, “não obstante, a perspectiva do risco constitui uma referência fundamental na descrição da sociedade moderna” (HOFMEISTER, 2000, p. 39).

Sem embargo, independentemente de as catástrofes advirem de acontecimentos naturalísticos - os quais escapam ao cálculo e controle humano -, ou das próprias atividades assumidas pelos sujeitos ativos¹⁸,

¹⁸ Na mesma linha: “dessa constatação chega-se à classificação das atividades humanas

devem as consequências serem assumidas ou ao menos computadas nos custos previamente estabelecidos pelos agentes, porque hodiernamente as pessoas e corporações têm condições de, pelo menos, prever e administrar determinados resultados sobre os quais devem incumbir-se com suas responsabilidades. Até porque, em todo caso, as atuais ameaças cada vez mais derivam das decisões que moldam a própria conjuntura construída pelos sujeitos, e menos de fatores dissociados das condutas humanas.

Imperativo registrar, portanto, que na prática as decisões devem responsávelmente seguir padrões racionais de apuração e boa-administração, bem como de respeito aos direitos e garantias fundamentais, notadamente pela pontuação dos possíveis resultados e custos de cada opção à coletividade, a fim de que sempre se executem as melhores e mais eficientes opções a todos. Ora, é evidente que:

Não se admite, sob nenhuma hipótese, uma discretionaryade distraída do direito fundamental à boa administração e dos seus fins entrelaçados: equidade inclusiva, combate às falhas de mercado e de governo, sustentabilidade eficaz¹⁹ do bem-estar social, ambiental e econômico das gerações presentes e futuras (FREITAS, 2015, p. 204).

Compreendendo-se, então, a medida das contribuições de cada ato ao fim/objetivo almejado, em contraposição aos dispêndios que devem ser empenhados a cada referente demanda, ainda “convém reiterar a imprescindível redefinição do exame do custo-benefício para que este se converta em escrutínio que transcenda os ditames da eficiência econômica, conferindo primazia ao bem-estar multidimensional” (FREITAS, 2015, p. 208-209). Trata-se, assim, da própria contabilização dos custos sociais de cada ação.

E, na formação desta dinâmica, faz-se também necessária a participação plural das pessoas que possam figurar na parte ativa ou passiva das escolhas, porque a tomada de decisões, principalmente no âmbito de cenários circundados por incertezas e altos riscos, muitas vezes

em perigosas e não perigosas. Essa temática reveste-se de enorme importância nos tempos presentes, em que cada vez mais o homem se encontra em sua faina diária, comprimido por máquinas e por aparatos tecnológicos que desde a Revolução Industrial, vêm produzindo um contínuo aumento dos riscos à existência e aos bens maiores da pessoa humana e da própria sociedade” (STOCO, 2011, p. 152).

¹⁹ Ademais: “é difícil separação entre a ideia de sustentabilidade e o próprio desenvolvimento econômico, uma vez que a sociedade contemporânea vive um contexto peculiar, com preponderante economia de mercado e guiada, por isso, pela racionalidade do lucro” (AMARAL; RICCETTO, 2017, p. 121).

pode acabar gerando consequências a sujeitos que não conhecem os riscos aos quais submetidos, nem a razão das ações assumidas por outrem, ou sequer detêm conhecimento sobre o início, andamento ou materialização de tais medidas temerárias.

Ora, toda decisão atinge pessoas - consciente ou inconscientemente, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau. Assim, diuturnamente são formadas conjunturas potencialmente prejudiciais a seres humanos que, tomados pelas consequências de certas catástrofes e riscos, penam em desamparo enquanto outrem irresponsavelmente se beneficia. Para mais: “eu queria dar-vos não apenas as situações, os conflitos, as regras e soluções, mas as pessoas por trás de cada caso exposto, a dor que tem cada decisão, as muitas mortes que estão em cada opção. Eu queria dar-vos o outro lado do espelho” (PINTO, 2010, p. 10).

Quem decide, além do âmbito empresarial interno, está substancialmente conectado, em todo seu conteúdo relacional, para com o âmago da natureza humana, inscrito inclusive nas superiores diretrizes do ordenamento social²⁰. E, nesta conformação, experimentam inclusive os embates de lealdade entre as exigências do desempenho empresarial e os valores de seu habitat familiar e espiritual, pois permeiam o cerne do ambiente relacionado ao modo de produção consolidado - geralmente sobre a ambição capitalista -, e os significativos caracteres de composição e dignificação do ser humano (MATTOS, 2010).

Nesse jogo de sobrevivência entre a solidariedade das ações perante terceiros e a maior eficiência lucrativa - que pretensamente poderia ser perseguida mesmo com prejuízo de outrem -, cada pessoa pode assumir as feições de um ser individualista ou solidarista em seu campo relacional, ou seja, socialmente mais ou menos compromissado com sua própria ‘humanização’. Outrossim:

O vínculo da solidariedade é resultado deste contexto conflitual em que o social é uma realidade insuperável que se apresenta diante de um homem ciente de seu direito individual. Esse confronto faz surgir, no lugar do indivíduo, a pessoa humana (MATTOS, 2010, p. 115). [...] Com esse exercício, a responsabilidade civil vigente passa a contar com um novo personagem: a humanidade (MATTOS, 2010, p. 117).

²⁰ A exemplo das normativas referentes aos direitos humanos e fundamentais, à dignidade humana, às diretrizes de eticidade e socialidade, aos princípios e valores que regem o ordenamento, entre outras disposições vitais ao ser humano.

Dessarte, a própria meta desenvolvimentista atual mostra-se cada vez mais delineada pelos padrões éticos e sociais da responsabilidade, notadamente sobre a segurança e o controle dos riscos e consequências os quais podem atingir terceiros inocentes, e também recair sobre os próprios agentes. Nesta senda, inclusive, “diante da conscientização, o critério do risco passou a influir nas decisões sobre a adoção ou rejeição de novas tecnologias” (HOFMEISTER, 2000, p. 24).

Não se trata, além do mais, de solidarizar os custos ou ônus - pois devem concernir aos sujeitos diretamente responsáveis pela atividade -, mas sim de uma preocupação social para com as externalidades²¹ resultantes de cada conduta. Deveras, “o que se pretende defender, em síntese, não é uma alteração exterior que implique passagem de um sistema de responsabilidade a um sistema de solidariedade, mas uma modificação interna à própria responsabilidade civil, que venha substituir responsabilidade individual por uma *responsabilidade social*” (SCHREIBER, 2013, p. 235),

Para mais, a gestão empresarial vem admitindo maior influência de aspectos não puramente empresariais em sua busca por melhores resultados, a exemplo da função e da responsabilidade sociais que se apresentam como fatores de grande relevância na diretriz de as corporações passarem a assumir posturas mais preocupadas com reflexos sociais, e menos com ganhos individuais, o que suplanta a concepção do crescimento a todo custo e atine mais ao comprometimento com o futuro da humanidade (WISSMAN, 2007, p.64).

Pragmaticamente, essa desejada forma de atuação das empresas socialmente responsáveis pode variar de acordo com o cenário econômico-social e com as demandas de determinada sociedade, o que implica inclusive na dificuldade de definição do que seja ‘responsabilidade social empresarial (RSE)’. Além do mais, “seu próprio conceito é alvo de manejo pelas organizações. (...) Interessa às organizações, assim, conformar o conceito de modo que, sendo passível de alinhamento estratégico, lhes seja instrumentalmente útil”. (BANWWART JÚNIOR; FAVORETO; NOGUEIRA, 2020, p. 58).

²¹ Visto que: “o intenso convívio entre os agentes provoca como efeito o que os economistas denominam de ‘externalidades’. Externalidade é o impacto de ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação. Se o impacto for adverso, é chamado externalidade negativa; se for benéfico, é chamado externalidade positiva. (...) “quando a externalidade é positiva, o ciclo é concluído com sucesso: os empreendedores realizam a produção, obtêm lucros e a sociedade paga pela satisfação recebida com produtos de boa qualidade, prestação de bons serviços etc. O grande problema é quando a última esfera do ciclo, em vez do bom resultado, paga por produtos indesejáveis e vê reduzida a sua qualidade de vida” (OTTO, 2010, p. 684-685).

E, apesar da possível ingerência dos interesses e demandas do mercado na própria forma de entendimento e de instrumentalização prática da responsabilidade social, “entretanto o que deve ocorrer é a ampliação da dimensão empresarial no reconhecimento dos objetivos sociais considerados na gerência da empresa, isto é, suas responsabilidades para com a mão de obra, compatibilizando a lucratividade com objetivos operacionais e sociais” (WISSMAN, 2007, p. 25).

De toda forma, ademais, “a despeito de se tratar assim de um conceito ainda turvo, é comum que a RSE se apresente como certa, subsidiando categorizações acuradas, como uma linha que supostamente separa umas empresas de outras” (BANWWART JÚNIOR; FAVORETO; NOGUEIRA, 2020, p. 72). Ou seja, invariavelmente trata-se de uma atitude empresarial que destaca o agente no campo social, e concede-lhe maior reconhecimento da comunidade - nacional e internacional. Numa possível composição:

“a responsabilidade social está diretamente ligada à ética empresarial: a capacidade de avaliar consequências para a sociedade de atos e decisões que são tomados visando objetivos e metas próprias das organizações. A estratégia não pode ser voltada tão-somente para a sobrevivência pura e simples da organização, mas considerando a responsabilidade social fundamentada no sentido de justiça, e definida como capacidade de deliberar e decidir não só com base em interesses individuais, mas também nos interesses do sistema como um todo” (OTTO, 2010, p. 693).

Ainda cabe destacar que, algumas medidas a princípio custosas à gestão empresarial, com o tempo podem apresentar-se mais benéficas e eficientes tanto ao agente individual quanto à coletividade, além de agregar valor à empresa e aumentar o reconhecimento de seus instituidores. A exemplo, “consigne-se de forma cristalina: a sustentabilidade representa - à diferença do que imaginam os críticos superficiais - enorme ganho de eficiência, com redução mediata de custos (às vezes até no plano imediato)” (FREITAS, 2015, p. 99).

Irrefutável, entretanto, a impossibilidade de se anular integralmente os riscos e prejuízos, bem como a necessidade de as corporações econômicas perseguirem lucro²². Mas, é certo também que,

²² Porquanto: “as empresas e organizações não deixam, certamente, de perseguir o lucro em suas atividades, aliás, essa é a estrutura fundamental que marca o DNA das atividades empresariais. A corporação que abrir mão do lucro, no modelo capitalista, simplesmente morre. No entanto, esse telos não pode e não deve constituir a essência caracterizadora do

um aumento de dedicação e de investimentos na precaução dos potenciais riscos prejudiciais advém como um necessário guia direcionador para as ações das empresas contemporâneas.

Notadamente àquelas que se pretendam legítimas e condizentes aos anseios da atual ordem, a qual é pautada por valores e princípios num quadro ético de respeito, valorização e dignificação do ser humano, em equilíbrio com os anseios econômicos da sociedade. Cabe a consolidação, inclusive, de um ramo nominado como ‘contabilidade social’, o qual visa o estudo e a sistematização de informações com cunho social, na persecução da índole ética na atuação empresarial (WISSMAN, 2007, p. 118).

Nesta forma, a diligência decorre sobre a aspiração de que sejam assumidas relações compromissórias, entre os sucessores de todas as gerações, para com uma responsabilidade solidária e integrada à essência da integral tutela humana, que há de ser cumprida em todas as atividades econômicas - contemporâneas e futuras. Até porque, “numa síntese: o que afeta o futuro, afeta direitos fundamentais, razão pela qual tem de estar satisfatoriamente ponderado e justificado” (FREITAS, 2015, p. 100).

Enfim, e para tanto, vindica-se a conjugação das liberdades, no empenho dos interesses patrimonialistas, para com a exigência do cumprimento das funções que as instituições devem eticamente realizar perante a sociedade, notadamente em um cenário pautado pelo respeito à pessoa, sobretudo no viés da concretização dos direitos e garantias fundamentais, em prol do fomento das melhores condições e circunstâncias de uma vida digna a todos.

5 VALORAÇÃO DA PESSOA NA BUSCA RESPONSÁVEL POR PROCEDERES COLETIVAMENTE PROFÍCUOS

Os movimentos pretendidos devem centrar-se, portanto, não apenas em medidas individualistas de planos economicamente grandiosos, mas no cumprimento das atuais e globalizadas tendências, sobretudo quanto aos limites exteriores que socialmente permeiam as projeções da empresa fora de sua ambiência interna²³, ou seja, a preocupação para

fim último a ser perseguido” (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 40).

²³ Donde: “já no âmbito da ‘economia-mundo’, as organizações financeiras e empresariais transnacionais, agindo com base na premissa de que as decisões relativas aos sucessivos estágios das atividades produtivas não podem ser tomadas separadamente, por etapas, mas de forma simultânea e global, ampliaram exponencialmente a produção de suas próprias regras, sob a forma de sistemas de organização e métodos, manuais de produção, regulamentos disciplinares, códigos deontológicos de conduta e, principalmente, contratos

com os reflexos que as condutas de seus gestores causam a determinada conjuntura. O que fomenta, assim, o almejo pela adoção de boas práticas à luz de uma posição compromissada com o desempenho do maior bem geral à sociedade como todo.

Assim, aspira-se que as empresas, para além do caráter privado que orienta seus interesses, também se comprometam com uma responsabilidade partilhada socialmente. E “que não sejam limitadas à responsabilidade civil e tributária (legal), mas também sejam promotoras de responsabilidade social (ética e moral)” (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 45). Até porque, os valores e princípios apresentam-se cada vez mais coesos e imperativos na ótica da responsabilização moral e jurídico-social que exorbita a mera preocupação em cumprir-se leis formais e regras mercadológicas puras. Além do mais, “a ética afeta desde o lucro e a credibilidade das organizações até a sobrevivência da econômica global” (ASHLEY, 2002, p. 51).

A conscientização pela responsabilidade ética, moral e social é um procedimento construtivo de aprendizagem tanto individual quanto coletiva, que cresce em importância nas discussões realizadas tanto no âmbito da prática empresarial quanto no campo acadêmico. Sobretudo porquanto, aqueles que se fecham a tal realidade valorativa, decretam o próprio fracasso pessoal ou a falência da empresa. Até porque, “ignorar sua relevância torna-se impossível, principalmente para pessoas com espírito empreendedor, que veem oportunidades nos momentos dificeis e se utilizam de opções, as mais diversas possíveis, para ganhar espaço num mundo cada vez mais concorrido” (WISSMAN, 2007, p. 17).

Fundamental, para tanto, não apenas o conhecimento técnico e teórico, nem uma atuação meramente privada, mas uma prática interacional implicada no quadro dos valores e princípios que compõem o padrão almejado pela sociedade²⁴ que, por sua vez, chancela a própria legitimidade e reconhecimento valorativo das ações de dadas instituições em razão do cumprimento de seus deveres maiores - ligados à satisfação do bem-estar geral e à dignificação da pessoa (BANNWART JÚNIOR,

padronizados com alcance mundial” (FARIA, 2004, p. 141).

²⁴ Visto que: “portanto, a responsabilidade integral evolve as duas matizes da sabedoria, tanto a que expressa reflexão crítica acerca da realidade e do mundo, quanto aquela que perpassa a compreensão prática dos dilemas da vida, os quais exigem prudência e virtude na resolução das mesmas. A responsabilidade, enquanto resposta, está implicada nos aspectos teórico e prática da sabedoria”. [...] “É, pois, uma sabedoria prática que baliza e orienta a ação, a atitude e o comportamento humano na realização e consecução de propósitos dotados de nobreza” (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 25).

2017, p. 27). E, “para além do teste de legitimidade, há um dado ético que motiva observância do dever jurídico, fundado no direito como uma ordem idealizada do dever ser, o que é vinculante, caso se compreenda o homem a partir da ideia correlata, isto é, como pessoa responsável, dotada de autonomia ética” (MATTOS, 2012, p. 49). Outrossim:

Afinal, o próprio fato de se considerar que uma organização tem determinadas responsabilidades para com seus interlocutores necessariamente envolve uma elaboração ética e vice-versa: qualquer reflexão sobre ética sempre tem em mente as responsabilidades percebidas como intrínsecas às organizações (ASHLEY, 2002, p. 40).

Idem, a própria responsabilidade civil, mesmo que pressupondo relação jurídica prévia - nexo causal - entre a pessoa prejudicada e a que deve reparação material nos termos da lei ou contrato, atende de certa forma à necessidade moral e social de garantir-se a segurança e higidez das vítimas (DINIZ, 2010, p. 07). Também, em seu viés objetivo, visa racionalizar o gerenciamento das atividades empresariais permeando-o com uma imposição inarredável quanto à observância dos direitos e garantias de outrem, o que a torna verdadeiro instrumento para a eficácia da proteção contra violações ou assunções de riscos exacerbados, os quais podem ensejar a responsabilização do agente mesmo se faltante, em certas circunstâncias, o elemento subjetivo da intencionalidade maléfica.

Inclusive, é possível apontar que, “todo caminho humanizador do capitalismo passa por esse dado inafastável, ao qual se agrega a necessidade de contabilização na coluna do custo, dos efeitos da responsabilidade civil objetiva decorrente do benefício do ato” (MATTOS, 2012, p. 110). Portanto o sistema responsabilizador influencia, também, o próprio cômputo das ações e efeitos relacionados à prática negocial.

Outrossim, as configurações atualizadas dos institutos ordenadores visam propriamente o entrelaçamento da responsabilidade civil para com a observância dos direitos humanos, através de sua imputação ao responsável pela violação do compromisso social, quando este realiza atividades que, por seus efeitos ou estrutura formativa, exorbitam os considerados limites do ordenamento.

Ainda mais especificamente, concerne-se aqui à visão da humanidade como cerne de toda ordem, o que enseja a responsabilidade solidária de todo ser humano por seus semelhantes. Nesta via inclusive, “e vistos dessa maneira, autonomia privada e dever jurídico são instrumentos

de efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que concorrem para o respeito à dignidade da pessoa e para o seu reconhecimento como ser responsável, pessoa cidadã” (MATTOS, 2012, p. 50).

Tem-se, portanto, a evolução de determinados sistemas em conforme à preocupação de que toda pessoa, como componente da sociedade e semelhante de seus pares deve, mesmo que agindo licitamente, importar-se sempre em não prejudicar ou expor a risco outrem, bem como visar exercer uma diligente cautela quanto ao dever de cuidado, tutela, e de satisfação das demandas sociais, ao benefício da coletividade (STOCO, 2011, p. 135). Para mais, sobre a operação do ente coletivo num ambiente irradiador de influências e parâmetros a todos, observa-se que:

As organizações não ocorrem em um vácuo nem são completamente objetivas e imparciais: há sempre um contexto que as influencia, tornando a administração culturalmente condicionada e sujeita aos valores, princípios e tradições das sociedades em que se insere (ASHLEY, 2002, p. 55).

Ora, toda estrutura empresarial, para além de uma realidade econômica, é também uma realidade social e principalmente humana, porque formada por pessoas cujo valor se sobrepõe aos elementos do ambiente gerencial - como os recursos materiais e as disposições de mercado. Além do mais, acima dos ajustes políticos, administrativos e econômicos acordados nos gabinetes, há uma interação social pautada pelo respeito aos componentes da sociedade que, em verdade, sustentam nossa própria humanidade. Tanto que, algumas medidas exaltantes de objetivos e interesses puramente econômicos, passam então a ceder e equilibrar-se, cada vez mais, com os objetivos e interesses sociais/ coletivos (MATTOS, 2012, p. 34-35).

E nesta configuração, “a empresa com olhar integral é aquela que comprehende estar inserida em um todo que antecede a si própria, e busca abarcar o papel que ocupa, enquanto parte, no todo do qual participa” (DINIZ, 2010, p. 21). Outrossim, o compromisso primordial de todo e qualquer indivíduo ou instituição - consigo e com os outros componentes da sociedade - é o de cumprir normas (legais e valorativas)²⁵, cooperar com o semelhante, e seguir as diretrizes universalmente desejadas (PINTO, 2010, p. 93).

²⁵ E: “a eliminação prévia de riscos de dano encontra seu principal instrumento na instituição de deveres de comportamento prévios, quase sempre por normas legais ou regulamentares” (SCHREIBER, 2013, p. 239).

Além do mais, a assunção desses deveres configura um relevante instrumento rumo à mobilização e direcionamento dos esforços e talentos de cada indivíduo em prol do benefício de todos, para que assim todos tenham condições de se desenvolver e fruir de uma existência com significado e liberdade de riscos ou ônus danosos à sua higidez e dignidade (MOLLER, 1996, p. 158). Trata-se, ao fundo, da viabilização de um caminho dotado por maior solidariedade e reciprocidade no cumprimento das diretrizes basilares à devida (con)vivência social de pessoas realmente comprometidas e significadas.

Aliás, com a promoção axiológica do ordenamento que rege as ações negociais, e as relações da sociedade como um todo, tem-se que os valores da solidariedade e retidão põem-se então como propósitos centrais de toda conduta que se queira legitimamente humana, não em um sentido filantrópico, mas no sincero reconhecimento de cada ser no outro que lhe é semelhante.

Em uma dinâmica dialógica que há de se assentar na reciprocidade humanitária, portanto, deve-se superar o arranjo individualista da atuação insensível aos anseios sociais, bem como da particularização dos interesses elencados como públicos nos projetos do Estado²⁶, ao passo que todos devem compartilhar a preocupação sobre uma necessária assunção da responsabilidade pela higidez do corpo social.

Na mesma senda, especificamente no âmbito da responsabilidade social empresarial, tem-se também que, “a RSE dimana, pois, do plano discursivo que se institui na relação triangular entre empresa, Estado e sociedade. É isso que confere sentido à questão, cuja resposta, não fosse isso, em nada extrapolaria os limites do óbvio” (BANWWART JÚNIOR; FAVORETO; NOGUEIRA, 2020, p. 67).

Assim, visa-se a superação de elementos e mecanismos individualistas os quais, atualmente obsoletos, vigoraram noutras épocas em que a preocupação com a responsabilidade social e integral, bem como o efetivo cumprimento dos princípios e valores atinentes ao campo da ética e da moral, ainda eram colocados em segundo plano pela ambição pecuniária egoística, donde os riscos e prejuízos de outrem “justificavam-se” pelo lucro de alguém.

Enfim, o aparato principiológico que estabelece um quadro imperativo de valores morais ao delineamento de condutas universalmente

²⁶ Observado que: “ambos são parceiros do projeto qualificador da pessoa humana que se renova constantemente, alimentado ao mesmo tempo pelo conflito e pela crença de que é possível caminhar para além dos interesses puramente individuais. Mas com a consciência, inexorável, de que o homem precisa do outro para viver” (MATTOS, 2012, p. 59).

aceitas e prestigiadas, cada vez mais deve também sustentar a responsabilidade social e integral das pessoas jurídicas porque, em verdade, estas são corporações formadas e destinadas aos seres humanos, fundamento maior de sua própria legitimidade e existência.

E nesta via observa-se o fator da “demonstração evidente de que a sociedade pós-convencional não mais legítima a exclusividade das ações pragmáticas e estratégicas, mas prima - sobretudo com ampliação da esfera pública mundial - ações no âmbito social cada vez mais perspectivados pela dimensão ética e moral” (BANNWART JÚNIOR, 2017, p. 45). Nesse direcionamento, portanto, é que se espera a configuração das novas corporações, e a realização de todas as suas atividades.

Afinal, independentemente do campo mandamental a que as normas de regência das condutas se enquadrem, tem-se por indubitável a assunção basilar de uma ética comportamental donde a pessoa figura no cerne de um ordenamento o qual visa, com a concretização da justiça, viabilizar um cenário geral de maior respeito, tutela e fomento a direitos e garantias primordiais à viabilização, para todos, de uma (con)vivência realmente humana, digna e eximida de riscos/danos atrozes à pessoa humana.

CONCLUSÕES

O controle consequencial das ações intentadas pela gestão empresarial, em razão de sua expressão num campo social donde atinge pessoas diversas, e por muitas vezes inocentes ao conluio que gera riscos a todos, não pode mais ser atribuída ao alvedrio de um ou outro pretenso colaborador. Justamente, em razão do arcabouço protetivo da pessoa e de seus elementos característicos, é que os indivíduos - dirigentes de empresas ou não -, devem afastar-se de certos riscos e inseguranças perversos, sob pena de aluimento do próprio valor da dignidade, então consubstanciado pela contemporânea ordem protetiva universalizada.

Também, e mais especificamente, à postura dos administradores institucionais cabe atribuir-se maior preocupação com os reflexos sociais das ações executadas, e não uma mera busca por proveitos individuais, enquanto à empresa cabe materializar o papel ético que lhe cabe, por meio da assunção de responsabilidades diretas no trato dos problemas e ameaças que afetam a sociedade, notadamente pelo comprometimento para com a adoção de dinâmicas que realmente efetivem seu compromisso social.

Neste ponto, avigoram-se as diretrizes da função e da responsabilidade sociais que, em compêndio, objetivam - nos campos normativo-jurídico e ético-moral - a conscientização sobre o fato de que as corporações não podem mais atuar apenas em razão de sua pura e simples vantagem. Mas que, necessariamente, devem também considerar sua indissociável responsabilidade pelos resultados do exercício de suas capacidades de deliberação e execução das medidas as quais, além de influir na segurança, equilíbrio e bem-estar da sociedade, interessam ao sistema como um todo.

Dessarte, não obstante a aplicação da autonomia e liberdade privada na atividade empresarial, bem como a distinção e relativa independência dos campos político, econômico e jurídico, a imersão dos aspectos financeiros nas relações sociais que compõem a existência humana depende de sua conjugação para com determinadas diretrizes valorativas. A ponto de, inclusive, o senso da atividade econômica, mesmo que esteada pela eficiência lucrativa, haver de vincular-se ao atendimento dos interesses e necessidades coletivas, notadamente sobre seu resguardo contra riscos e inseguranças evitáveis, bem como o fomento das circunstâncias materializadoras do bem-estar social e da dignidade humana.

Na mesma diretriz, também o campo do Direito precisa ater-se a reformulados institutos e instrumentos que, pautados sobretudo nas concepções de prevenção, solidariedade e responsabilização - cada vez mais imbuídos por conteúdos éticos, morais e sociais -, sejam condizentes à realidade contemporânea. E, como sistema de ordenação, organização e sanção, há de atuar - preventiva e repressivamente - no combate aos desvirtuamentos das condutas pessoais e empresariais antijurídicas.

Em síntese, desde que atuando em conforme às diretrizes do ordenamento jurídico-social, a empresa deve ser vista como um relevante agente de desenvolvimento econômico e social que, assim, deve ser dotado de autonomia negocial e gerencial em sua busca por progresso e lucro, mas sempre circundado pelas exigências de suas responsabilidades perante a sociedade.

Para tanto, reafirmando-se a evidência de que, hodiernamente, a maximização do lucro ‘a todo custo’ não mais pode figurar como diretriz orientadora das atividades empresariais, consigna-se como fundamental a exigência de que as corporações atuem em consonância aos princípios e valores normativos, sobretudo assegurando a efetividade de direitos fundamentais, o desenvolvimento sustentável, a inclusão social e a construção de uma sociedade mais justa, digna e humana. O que também

perpassa pela própria organização interna, contabilização dos custos-benefícios e projeção social da empresa.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Responsabilidade Civil e Sustentabilidade: normatividade em prol do Meio Ambiente. **Revista Seqüência da UFSC**, Florianópolis, v. 38, n.75, p.105-128, abr. 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n75p105>. Acesso em: ??????
- ASHLEY, Patricia Almeida (coord.). **Ética e responsabilidade social nos negócios**; São Paulo: Saraiva, 2002
- BAHIA, Carolina Medeiros. Dano ambiental e nexo de causalidade na sociedade de risco. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Pedagogia da responsabilidade integral. In: **Responsabilidade integral**: metodologia estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José et al. Londrina-PR: Thoth, 2017.
- BANWWART JÚNIOR, Clodomiro José. FAVORETO, Ricardo Lebbos. NOGUEIRA, Arnaldo José França Mazzei. Problematizando o conceito de responsabilidade social empresarial: implicações de uma leitura multidisciplinar. **Scientia Iuris**. Londrina, v.24, n.1, p. 55-77, março 2020. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/38159>.
- CARVALHO, Iêda Maria Vecchioni; ROCHA, Jorge L. Cunha da; LUSTRÌ, Denise; SOUZA, Maria Zélia Almeida. **Cargos, carreiras e remuneração**. Rio de Janeiro: FGV, 2013
- CHARBONNEAU, Paul-Eugéne. **Adolescência e liberdade**. São Paulo: Pedagógica e Universitária LTDA, 1980
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. Volume 7. São Paulo: Saraiva, 2010
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2004.

FISBERG, Yuri. O dano social como instituto de aperfeiçoamento do tratamento coletivo da responsabilidade civil. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo - ESMP-SP**, v.14, p. 134-147, 2018. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revisa_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/356.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. **Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito UFC**, Fortaleza, v.35.1, p.195-217, jan/jun, 2015. Disponível: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>.

FREITAS, Juarez. Eficácia direta e imediata do princípio constitucional da sustentabilidade. **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz do Sul, v.1, n.45, p.89-103, jan/abr, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/5890>.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os fundamentos da liberdade**. São Paulo: Editora Visão, 1983.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**: tese apresentada no curso de pós graduação em Direito -Doutorado, da Universidade Federal de Santa Catarina, centro de ciências jurídicas, 2000. Disponível em: repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/78238/173850.pdf?sequence=1&isallowed=y.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil**: dever jurídico fundamental. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOLLER, Claus. **Employeeship**: como maximizar o desempenho pessoal e organizacional. São Paulo: Pioneira, 1996.

MOODY, Patricia E.; SHARMA Anand. **A máquina perfeita**: como vencer na nova economia produzindo com menos recursos. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

OTTO, Samira. Responsabilidade Social do empresário: a co-gestão dos riscos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade (org.). **Doutrinas essenciais responsabilidade civil**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

POMPEU, Gina Marcilio; SANTIAGO, Andreia Maria. Internacionalização dos direitos humanos e o contributo das empresas frente às políticas estatais de concretização desses direitos por meio do acesso ao emprego e renda. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 36, p. 241, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Curso livre de ética e filosofia do direito**. Cascais-Portugal: Principia, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2011.

STREECK, Wolfgang. **As crises do capitalismo**. Novos Estudos, 92, CEBRAP, 2012.

WISSMAN, Martin Airton. **Responsabilidade social e balanço social**. Cascavel: Univel, 2007.

**LINHA III TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES MIGRANTES

THE EFFECTIVENESS OF PROTECTING THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANT WOMEN

Andrea Pellegrini Fetzner*
Marli Marlene Moraes da Costa**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Proteção internacional aos direitos humanos das mulheres migrantes. 2 A política brasileira frente as mulheres imigrantes e a visão dos direitos humanos pela ótica do estatuto do estrangeiro e da lei de migração. Conclusões. Referências.

RESUMO: Proteção dos direitos humanos de mulheres migrantes no Brasil, baseada na Lei de Migração, cujo problema consiste em analisar a compatibilidade com os instrumentos internacionais, justificando-se que as pesquisas constatam crescimento da migração feminina, sem correspondente aquisição de direitos sociais. Divide-se em duas partes: (a) analisar a proteção internacional aos direitos humanos das mulheres migrantes; (b) identificar os mecanismos de proteção aos direitos humanos das mulheres migrantes no Brasil e sua compatibilidade com o sistema de proteção internacional. O método de abordagem foi o dedutivo e o procedural, o histórico-crítico e o sistemático. A técnica de pesquisa, bibliográfica e documental.

Palavras-chave: direitos humanos. imigrante. mulher. proteção internacional.

ABSTRACT: *The legal protection of human rights of migrant women in Brazil, based on the Migrant Law, whose problem consists in analyzing the compatibility with the international instruments, justifying that researches verify a growth of female migration, without a corresponding acquisition of social rights. It is divided into two parts: (a) examining the international protection toward the human rights of migrant women; (b) to identify the mechanisms of protection for the human rights of migrant women in Brazil and its compatibility with the international protection system. The approach method was the deductive and the procedural was the historical-critical and systematic. The research technique, bibliographical and documentary.*

Keywords: human rights. Immigrant. woman. international protection.

* Mestre em Direito pelo PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada.

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos – Espanha. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu e Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Artigo recebido em 11/12/2018 e aceito em 26/12/2018.

Como citar: FETZNER, Andrea Pellegrini. COSTA, Marli Marlene Moraes da. A efetividade da proteção aos direitos humanos das mulheres migrantes. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 343-367. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos surgem em um contexto global do pós-guerra mundial, em especial após a Segunda Guerra Mundial, e sua premissa é garantir a proteção de valores importantes aos seres humanos, assegurando a preservação de direitos como a vida, as liberdades, as igualdades, a segurança pessoal, a integridade física e mental, a dignidade, a saúde, a educação, o trabalho, dentre outros. Significam a fundamentação de valores que qualquer sociedade civilizada deve proteger, propagar e defender para que se possa ter como objetivo a convivência pacífica e digna entre os povos, bem como assegurar o desenvolvimento da humanidade, a prosperidade do bem comum, a justiça e a paz social.

Nesse sentido é que o que se infere da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), cujo preâmbulo estabelece que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” e que os povos reafirmam “sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres”. Conforme se denota, o intuito desse documento é promover o progresso social e melhorar as condições de vida da população, pautada em ampla liberdade.

O que se espera do compromisso das nações é que todas se esforçem para promover o respeito aos direitos e às liberdades, assegurando o seu reconhecimento e a sua observância de forma universal, preservando a dignidade de todos os seres humanos, de modo a viverem em sociedade com igualdade, liberdade e paz. O Brasil, como membro da Organização das Nações Unidas (ONU) e com um regime de governo democrático, não pode se furtar de defender e de atuar internamente com ações e disposições legais que venham ao encontro das garantias e das proteções dos direitos humanos de todos que fazem parte de sua nação, e aos que neste território buscam abrigo. Portanto, sendo nacional ou estrangeiro, homem ou mulher, deve assegurar meios para que qualquer ser humano seja reconhecido como sujeito de direitos de forma geral.

As necessidades essenciais não desaparecem quando se desloca de um país a outro. Torna-se imperioso, portanto, o acesso a direitos em qualquer parte do mundo, mormente em situação de vulnerabilidade (como no caso das migrações), independente dos motivos ensejadores desse deslocamento e da transitoriedade (ou não) desta permanência no país. É

justamente de direitos humanos no contexto das migrações que trata este artigo, em atenção especial à figura da mulher imigrante.

No intuito de assegurar uma adequada e justa proteção aos imigrantes que chegam ao Brasil não basta apenas ratificar tratados e administrar questões alfandegárias, mas primar pela recepção dos indivíduos de modo que esses também tenham acesso a serviços e produtos necessários a uma vida digna e à integração ao novo ambiente. Tais medidas devem estar previstas em leis próprias e, essas últimas, por sua vez, devem estar de acordo com as diretrizes internacionais de respeito aos direitos humanos. No caso específico, a migração feminina faz parte da realidade brasileira, pois na última década houve um ingresso considerável de imigrantes no país e nesse contingente migratório se encontra uma parcela de mulheres em busca de emprego e melhores condições de vida.

Nesses termos, no presente artigo se tem o seguinte problema de pesquisa: A legislação brasileira, no que concerne à proteção dos direitos humanos de mulheres em situação de migração, está de acordo com os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil? Deve-se considerar que o Brasil assumiu, internacionalmente, o compromisso de proteger os direitos humanos e, para tanto, suas regras e atitudes não podem destoar dos instrumentos internacionais que tratam de direitos humanos de proteção às mulheres e aos migrantes. Nesse sentido, pretende-se analisar a compatibilidade das normas brasileiras de proteção às mulheres imigrantes dentro das diretrizes de proteção internacional dos direitos humanos. Para alcançar a resposta à questão, utilizou-se o método dedutivo e o procedimento de pesquisa foi baseado em material bibliográfico e documental.

Para alcançar o objetivo geral, o trabalho foi elaborado em duas partes, sendo que na primeira se analisa a proteção internacional aos direitos humanos das mulheres em situação de migração, para em seguida identificar os mecanismos de proteção aos direitos humanos das mulheres migrantes no Brasil, através da comparação entre o revogado Estatuto do Estrangeiro e a nova Lei de Migração e sua compatibilidade com o sistema de proteção internacional.

1 PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES MIGRANTES

Sob o foco internacional, a atenção e a proteção aos direitos humanos tiveram como marco fundamental as atrocidades da Segunda

Guerra Mundial. Foi após esse terrível episódio que ocorreu uma mudança de concepção em relação aos direitos do homem, como ser humano, independentemente de cor, etnia, sexo, etc. A partir de então se fundamentou a concepção de que o ser humano é a figura central e deve ser incorporado à ordem jurídica como seu valor máximo, pois a sobrevivência da humanidade depende da proteção de todos os povos, com respeito incondicional à dignidade da pessoa humana (CORDEIRO, 2012, p. 77).

Nas palavras de Lima (2017, p. 88), foi após a criação da ONU, em 1945, que teve início o “processo de internacionalização dos direitos humanos”, com a finalidade de “reestruturar o sistema normativo internacional, conferir proteção aos indivíduos e organizar as relações entre os seus Estados-membros”, com o objetivo de promover e manter a paz mundial. Foi, então, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU que os direitos humanos passaram a ter atenção internacional. Em que pese não ter um caráter coercitivo, segundo Gorczevski (2009, p. 159) foi a partir da Declaração que se deu uma grande produção de tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, e o direito interno de inúmeros países sofreu sua influência, pois foi a primeira vez que os direitos humanos, fundamentados na dignidade da pessoa, foram reconhecidos em um texto universal.

O Brasil é um dos países integrantes e fundadores da ONU (2017, <https://nacoesunidas.org>) e também é “integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e no âmbito da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969” (LIMA, 2017, p. 88) e como tal deve respeitar os direitos essenciais do homem, pois, segundo o preâmbulo da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, esses seus direitos não

[...] derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (OEA, 1969, <http://www.oas.org>).

Justamente nessa questão sobre migração é que se pode questionar acerca da atuação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, em específico na atuação em relação à garantia dos

direitos das mulheres imigrantes. Não há um documento específico destinado a mulheres em situação de migração, porém outros documentos internacionais podem servir de parâmetro para que sejam implementadas políticas públicas destinadas às mulheres nessas condições.

Existem vários instrumentos internacionais que tratam da questão de proteção aos direitos humanos e garantias à dignidade, os quais decorrem de atuação da ONU. Partindo-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos, outros instrumentos internacionais foram elaborados para assegurar a efetividade da proteção a certos direitos referidos na Declaração (ESMPU, 2009, p. 32, <http://escola.mpu.mp.br/>). A título de exemplo, tem-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto Social) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto Civil), elaborados pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, os quais foram adotados pelo Brasil, conforme Decretos n.º 591 e n.º 592, de 6 de junho de 1992 (ESMPU, 2009, p. 32, <http://escola.mpu.mp.br/>).

O Pacto Civil estabelece que os

Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

[...]

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. (BRASIL, 1992a)

O Pacto Social está voltado a assegurar, a homens e mulheres, a igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no documento, e dentre esses direitos se encontram: a proteção em relação ao direito a um trabalho justo e livremente escolhido; a orientação e a formação técnica e profissional; a remuneração digna e igual por um trabalho de mesmo valor; a garantia de que as mulheres terão condições de trabalho iguais às dos homens, nunca inferiores, e deverão

“perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual” (BRASIL, 1992b). Ou seja, o Pacto Social busca garantir igualdade de condições para o desenvolvimento social, econômico e cultural de todos os seres humanos, sem distinções ou

[...]discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (BRASIL, 1992b).

Além disso, pode ser citada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada em 21/12/1965 pela Assembleia Geral da ONU, em que os países são obrigados a proibir a discriminação e a adotar medidas imediatas e eficazes, especialmente no domínio de ensino, educação, cultura e informação, para lutar contra o preconceito que leva à discriminação racial e promover a compreensão, indulgência e amizade entre os povos e raças ou nacionalidades (ESMPU, 2009, p. 44-6, <http://escola.mpu.mp.br/>). O Brasil ratificou essa Convenção através do Decreto n.º 65.810, de 8 de dezembro de 1969, comprometendo-se, dentre outras obrigações, a

[...] proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma (sic) à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica [...].

[...]

Os Estados Partes, comprometem-se a tomar as medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo de ensino, educação, da cultura e da informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos assim como para propagar ao objetivo e princípios da Carta das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Declaração das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e da presente Convenção (BRASIL, 1969).

Em relação aos imigrantes, pode ser citada a Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1990, que entrou em vigor no ano de 2003 (ESMPU, 2009, p. 53-4, <http://escola.mpu.mp.br/>). Através dessa convenção os Estados partes se comprometeram

a garantir direitos aos imigrantes, dentre os quais o de proporcionar um tratamento não menos favorável que aquele que é concedido aos nacionais em matéria de retribuição e condições de trabalho (trabalho suplementar, horário de trabalho, descanso semanal, férias remuneradas, segurança, saúde, cessação da relação de trabalho dentre outras que se incluem na regulamentação das condições de trabalho), mesmo que estejam em condição de permanência irregular, bem como devem assegurar a participação sindical e a segurança social (OEA, 1990, <https://www.oas.org>). A análise da referida convenção permite concluir que o objetivo é evitar a discriminação de imigrantes e promover o respeito aos seus direitos humanos. Contudo, os “países ocidentais industrializados, principais países de acolhimento dos trabalhadores, rejeitam a convenção por ela tratar juridicamente de forma equivalente trabalhadores migrantes legais e ilegais” (ESMPU, 2009, p. 54, <http://escola.mpu.mp.br/>). O Brasil não ratificou essa convenção, o que parece um contrassenso sob a análise dos dispositivos baseados em princípios de direitos humanos, previstos na Constituição Federal de 1988.

Em meados de 2017, o grupo de trabalho da Revisão Periódica Universal (RPU) do Conselho de Direitos Humanos da ONU apresentou em Genebra, na Suíça, o projeto de relatório de resultado da Revisão Periódica Universal do Brasil, o qual consiste em um exame detalhado realizado pelos Estados-membros da ONU sobre a situação dos direitos humanos em cada país e as medidas adotadas para sua proteção e promoção (ONUBR, 2017, <https://nacoesunidas.org>). O Brasil recebeu um total de 246 recomendações sobre direitos humanos. Dentre as questões encontra-se a ratificação da Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, o combate à extrema pobreza e às desigualdades socioeconômicas, o combate à discriminação baseada no gênero, etnia, deficiência, orientação sexual e identidade de gênero, etc. (ONUBR, 2017, <https://nacoesunidas.org>). Nota-se que há uma relevância de ordem mundial no debate sobre as questões de gênero, como forma de promover a igualdade e evitar retrocessos sociais, assim como retrocessos em direitos humanos.

Ainda sob o foco internacional, em atenção e proteção aos direitos humanos em relação específica às mulheres, pode ser citada a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, cujo artigo 1º estabelece como discriminação contra a mulher

[...] toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou

anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (BRASIL, 2002).

O Brasil ratificou essa convenção através do Decreto n.^o 4.377, de 13 de setembro de 2002, obrigando-se a uma série de ações e compromissos, dentre os quais estão: promover a igualdade entre homens e mulheres, adotar sanções legais contra a discriminação, assegurar o desenvolvimento da mulher em igualdade de condições com os homens, adotar medidas para a eliminação da discriminação e promover a igualdade de remuneração (BRASIL, 2002).

No tocante aos instrumentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), podem ainda ser citadas as convenções ratificadas pelo Brasil (OIT, 2017, <http://www.ilo.org>):

C29 – Convenção Sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório;

C97 – Convenção Sobre Trabalhadores Migrantes;

C100 – Convenção Sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor;

C105 – Convenção que trata da Abolição do Trabalho Forçado;

C118 – Convenção Sobre a Igualdade de Tratamento entre Nacionais e Estrangeiros em Previdência Social.

Também podem ser mencionadas as convenções não ratificadas pelo Brasil (OIT, 2017, <http://www.ilo.org>):

C143 – Convenção Sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes;

C156 – Convenção Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família.

Dentre as convenções acima, duas importantes se referem especificamente a trabalhadores migrantes: 1) a Convenção 97 – Trabalhadores Migrantes (Revista), de 1949, ratificada pelo Brasil em 1965; e 2) a Convenção 143 – Sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e Sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, de 1975, que, conforme já referido, não foi ratificada pelo Brasil. Essas duas convenções tratam de questões importantes no tocante à promoção de direitos humanos dos migrantes e expressam alguns dos princípios que são considerados

fundamentais no trabalho, dentre eles o respeito à liberdade sindical e de associação, o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (OIT, 2017, <http://www.ilo.org>). Junto a essas convenções podem ser citadas as Recomendações 86 e 151, que reforçam as diretrizes estabelecidas nas Convenções 97 e 143 (OIT, 2017, <http://www.ilo.org>).

Os vários argumentos utilizados pelo Brasil para não ratificar a Convenção 143 da OIT foram expostos pela Comissão de Direito do Trabalho, no Parecer/ CDT/Nº 003/87:

11. Em resumo, os princípios de igualdade entre as pessoas, contidos na Convenção, já se integram na legislação e na cultura brasileira; não está o Brasil no alvo de preocupações decorrentes de respeito à pessoa humana, diante de correntes migratórias, já agora inexistentes e ainda controladas para garantia de emprego aos nacionais; o controle da entrada de migrantes em condições ilegais já é objeto de cuidados contidos nas normas específicas.

12. Por todo o exposto, e à vista das ponderações e opinião da Comissão tripartite, no sentido de que a aprovação do instrumento só viria comprometer diretrizes da política migratória, no estágio atual da vida brasileira, somos de opinião que não é oportuna, e por isso, não conveniente, no momento, a ratificação da Convenção 143 da OIT, s.m.j. (BRASIL, 1987, <http://imagem.camara.gov.br>).

O mesmo parecer também fez referências à falta de exequibilidade da Recomendação 151 da OIT,

13. A Recomendação nº 151, por seu alcance, não só exacerba os motivos restritivos já apontados no exame da Convenção nº 143, mas também reflete problemas que surgem com movimentos migratórios. Visa ela, afinal uma longa série de benefícios aos trabalhadores migrantes, com a responsabilidade de garantia de sua observância pelo país que os recebe.

Mesmo aceitando, obviamente, a justiça do tratamento humano aos migrantes, é bem de ver que a Recomendação nº 151 não é de fácil execução (BRASIL, 1987, <http://imagem.camara.gov.br>).

Alegando a dificuldade de sua aplicação, mormente pelas disparidades regionais e pela impossibilidade de assegurar, inclusive aos nacionais, os preceitos contidos no instrumento em questão, a Comissão

opina pela não ratificação da Convenção 143 e pela não aplicação da Recomendação 151:

14. O Brasil, com sua complexa economia, com suas disparidades regionais e com um elevado e crescente número de procura de novos empregos a cada ano, não pode assegurar, a todos os trabalhadores nacionais, grande parte dos preceitos contidos na Recomendação.

E, além dos problemas nacionais, implemente abordados, não tem hoje o Brasil movimentos migratórios, com propósitos de empregos, para cogitar da reciprocidade do interesse econômico do país com o interesse social dos imigrantes e dos problemas emergentes.

15. Se, com menores obrigações, opinamos pela não ratificação da Convenção nº 143, agora, com mais argumentos expendidos, também se percebe que não é exequível a Recomendação nº 151, no seu todo e, assim, também opinamos pela sua não adoção (BRASIL, 1987, <http://imagem.camara.gov.br>).

Entretanto, frente à nova legislação sobre migrações, estes argumentos não mais se sustentam, principalmente em relação à proteção do mercado de trabalho aos nacionais. Resta saber se o Brasil vai ou não adotar essa convenção tendo em vista as novas diretrizes da Lei de Migração.

No tocante específico às mulheres, atenta-se para a Convenção 100 – Sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor, ratificada pelo Brasil em 1957, e a Convenção 156 – Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família, não ratificada pelo Brasil. Também essas tratam de questões importantes no que se refere à promoção de direitos humanos das mulheres e abarcam alguns dos princípios e dos direitos que são considerados, pela OIT, fundamentais no trabalho (OIT, 2017, <http://www.ilo.org>).

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (OIT, 2017, <http://www.ilo.org>), adotada em 1998 na Conferência Internacional do Trabalho, na sua 87^a Sessão, define como fundamentais no trabalho os direitos e os princípios que consagram: o respeito à liberdade sindical e de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a efetiva abolição do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Oito convenções são associadas a esses direitos e princípios, as quais passam a

ser consideradas como fundamentais¹, assim a Declaração sobre princípios e direitos fundamentais estabelece “que ao incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia”, sendo que “esses princípios e direitos se expressam e desenvolvem na forma de direitos e obrigações específicos em Convenções reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização” e mesmo que um Membro não tenha

[...] ratificado as Convenções, têm um compromisso derivado do simples fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas Convenções (OIT, 1998, <http://www.ilo.org>).

Do preâmbulo da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, a OIT entende que tem como dever

[...] prestar especial atenção aos problemas de pessoas com necessidades sociais especiais, em particular os desempregados e os trabalhadores migrantes, mobilizar e estimular os esforços internacionais, regionais e nacionais, encaminhados à solução de seus problemas, e promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego (OIT, 1998, <http://www.ilo.org>, grifo nosso).

Logo, embora o Brasil não tenha adotado algumas das convenções, ele não pode se furtar de defender e de adotar regras e medidas internas que promovam os direitos humanos e os princípios considerados como fundamentais pela OIT, inclusive revendo normas e leis que, de uma forma ou de outra, não se atentem a esses princípios. Apesar de todos esses instrumentos, verificam-se práticas intolerantes em relação aos imigrantes e em relação às mulheres. “O medo da diferença que ameaça a zona de conforto do mundo estável e a estranheza do outro geram o trauma da

¹ Convenções Fundamentais da OIT (2016, <http://www.ilo.org>).

C87 – Liberdade de Associação e Proteção ao Direito de Organização (1948)

C98 – Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva (1949)

C29 – Trabalho Forçado ou Obrigatório (1930)

C100 – Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (1951)

C105 – Abolição do Trabalho Forçado (1957)

C111 – Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (1958)

C138 – Idade Mínima para Admissão (1973)

C182 – Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação (1999)

aproximação, só admitindo espaço para o semelhante” (PEREIRA; ABREU, 2016, p. 136). Justamente pela história do Brasil ser marcada pelo fluxo migratório é que se deveria ter uma postura acolhedora em relação aos imigrantes.

De acordo com Zamberlam (et al, 2013, p. 36-8), embora existam disposições constitucionais de igualdade e direitos sociais, ainda é perceptível um vazio em relação ao processo de inserção dos imigrantes, pela inexistência de políticas públicas, sendo necessário criar vagas de qualificação profissional, cursos de português e mecanismos que possibilitem validação de experiências profissionais anteriores. Segundo Camargo (2014, p. 7), os imigrantes vêm ao país à procura de trabalho e de melhores condições de vida, entretanto encontram muitos desafios em relação ao acolhimento.

Costa e Diehl (2015, p. 21) salientam que este século apresenta um desafio que se consubstancia em assegurar que todos tenham acesso aos direitos fundamentais, às garantias mínimas previstas na Constituição Federal, o que somente é possível se concretizar através do incentivo de políticas públicas. Ou seja, os estudos são unâimes em afirmar que no contexto das imigrações surgem muitas situações de violação dos direitos humanos e de afronta à dignidade humana. Assim, é imperioso que se tenha em mente o respeito à condição do imigrante, que está fora de seu país de origem e à mercê da receptividade de uma população que o acolha e que por ele possa intervir, garantindo condições básicas de sobrevivência e dignidade.

No tocante à intolerância em relação às mulheres, os padrões sociais de origem patriarcal “submetem o gênero feminino a uma maior vulnerabilidade quando se trata de migrações” (CAMPANA; NEVES; NUNES, 2016, p. 60). Quando se fala em direitos humanos, perpetuam-se as violações, não só em países autoritários e pobres, mas em várias nações. Em alguns países as "políticas de imigração e de segurança nacional, constituem-se em verdadeiros atentados contra os direitos civis e políticos, contra as liberdades individuais" (GORCZEVSKI, 2009, p. 161).

Imperioso que seja dada atenção às mulheres imigrantes, pois é inegável que elas ainda hoje sofrem quando se fala de vulnerabilidade de gênero e do fato de que dentro de um contexto migratório necessitam de apoio e proteção especial. Apesar de todas as disposições legais de igualdade sem distinção de sexo e outras características, as mulheres ocupam posições sociais inferiores aos homens, realizam ocupações laborais consideradas

secundárias e recebem remuneração inferior. Foi-se o tempo em que somente os homens eram provedores de família. Contemporaneamente muitas mulheres exercem esse papel e migram justamente em busca de melhores condições para realizar essa incumbência. Nesse processo, além de sofrerem todos os percalços que as distinções de gênero impõem, elas também enfrentam os percalços impostos pela condição de migrantes.

Diante desse contexto, importa saber se frente aos instrumentos internacionais a legislação brasileira é suficiente para amparar e respeitar os direitos humanos de pessoas em situação de migração sob uma perspectiva de gênero. Isso porque o fluxo de migração feminina no Brasil é relevante em comparação ao masculino, conforme dados do Censo Demográfico de 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010, <http://www.ibge.gov.br>). No Rio Grande do Sul quase 50% (cinquenta por cento) do número de imigrantes é composto por mulheres. Esses dados demonstram que o perfil migratório tem relevante participação feminina, sendo que, em contrapartida, as mulheres também encontram resistências e são expostas a situações vulneráveis como trabalhos secundários e remuneração inferior aos homens. Portanto, é preciso dar a devida atenção às mulheres imigrantes, pois elas fazem parte de uma categoria que sofre duplamente quando se fala de vulnerabilidade de gênero e de condição de migrante.

2 A POLÍTICA BRASILEIRA FRENTE ÀS MULHERES IMIGRANTES E A VISÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA ÓTICA DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DA LEI DE MIGRAÇÃO

Convém mencionar que o fluxo migratório sempre foi um fenômeno constante no Brasil, mas a partir da década de oitenta, com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a ter uma postura, em tese, receptiva em relação aos imigrantes, aos refugiados, aos deslocados, tendo em vista que a nova carta constitucional estava pautada em princípios que são fundamentados nos direitos humanos. Contudo, no âmbito da esfera pública, desde a época colonial até os dias de hoje, o que se verifica na prática é um tratamento destinado aos migrantes sem qualquer preocupação com o estabelecimento de políticas públicas de integração e inserção social. Normalmente as políticas migratórias se restringem à atração, à seleção e ao controle (ZAMBERLAM et al., 2016, p. 17).

A realidade atual ainda é marcada, de maneira geral, pela persistência de obstáculos normativos (falta de normas e políticas públicas), estruturais

(dificuldade de acesso ao trabalho, discriminação, exploração ou até mesmo trabalho escravo) e institucionais (dificuldades com idioma, capacitação, etc.), bem como pela falta de uma reavaliação da acolhida e da proteção aos imigrantes, sob a ótica dos direitos humanos, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2015, p. 111-151). O que se verifica, infelizmente, é que muitos imigrantes vivem em condição de exclusão, encontram dificuldades em regularizar a sua documentação, estão sem acesso à educação, à saúde pública, ao trabalho e sem conseguir reivindicar direitos, o que torna mais difícil sua integração na sociedade local.

As diferenças étnicas, sociais e culturais dos imigrantes, em relação à população do país onde se estabelecem, geram desafios especiais à sua inclusão social, sendo necessária uma mudança de atitude da sociedade como um todo, pois os “migrantes constituem uma fronteira invisível entre dois mundos” (ZAMBERLAN et al., 2009, p. 9). Os direitos, as garantias e as prioridades básicas, que são valores inerentes aos seres humanos, não desaparecem quando há migração, sendo evidente que cada migrante está sujeito às necessidades do contexto dos direitos humanos em qualquer território em que se estabeleça. Respeito, trabalho, saúde, educação, liberdades, segurança, dignidade e integridade são direitos e valores inerentes ao homem em qualquer parte do mundo. Ao chegar ao país de destino, porém, esse sujeito migrante se defronta com as mais variadas formas de violações e discriminações, seja pela sua cor, nacionalidade, crença, língua, gênero, etc. O imigrante enfrenta resistências e está sujeito à burocratização de controle, à violência policial e ao controle do crime organizado, sendo que a luta por cidadania deve ser travada no contexto mundial, com adoção de novas posturas e, mesmo sendo global, localmente devem ser desenvolvidas políticas públicas que assegurem o atendimento às necessidades dos imigrantes (ZAMBERLAN et al., 2016, p.11).

Almeida (2014, p. 37) salienta que a legislação até a pouco em vigor e que tratava da questão de imigrantes não estava mais adequada à realidade contemporânea, pois sempre “é preciso tratar a migração como um tema de direitos humanos, de forma que as pessoas tenham possibilidades, no Brasil, de usufruir das garantias que a Constituição Federal oferece”. Trata-se do Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 (expressamente revogado pela Lei de Migração²), que regulava a questão migratória. O Estatuto do Estrangeiro definia a situação jurídica dos migrantes no Brasil, estabelecendo, no artigo 1º, que em tempo de paz qualquer estrangeiro poderia, satisfeitas as condições

² Lei nº 13.445/2017. Art. 125. Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

da referida lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais, além de determinar que essa legislação deveria ser aplicada atendendo a princípios da segurança nacional, interesses políticos e econômicos do país, bem como questões de defesa dos trabalhadores nacionais.

Além do Estatuto do Estrangeiro, outras duas normativas influenciam de forma direta no tema da migração (ALMEIDA, 2014, p. 38): 1) o Estatuto dos Refugiados (Lei n.º 9.474/1997), que trata a migração como resultado de perseguições políticas a pessoas originárias de países onde há graves violações de direitos humanos e busca garantir o direito ao refúgio como medida protetiva à dignidade violada na terra natal (ou seja, o objetivo é a garantia de direitos a pessoas que fogem de situações catastróficas, tão somente); e 2) a Convenção 97 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1965, que tem como foco a prevenção do trabalho escravo.

Na visão de Sprandel (2015, p. 41), o Estatuto do Estrangeiro foi elaborado no âmbito de uma ditadura militar e embasado em princípios de segurança nacional, refletindo uma visão de ameaça em relação ao estrangeiro. De fato, essa legislação foi elaborada no decorrer de um regime restritivo de direitos e com a prerrogativa da segurança nacional e da proteção do mercado de trabalho nacional. Da leitura de seu texto se verifica que o foco não foi a proteção dos direitos humanos de migrantes, aliás, o direito de ir e vir dentro das fronteiras do país foi limitado aos estrangeiros. Ocorre que oito anos após a publicação do Estatuto do Estrangeiro, em 1988 o Brasil tem promulgada uma nova Constituição da República Federativa, que ficou também conhecida como a “Constituição Cidadã”, por ampliar direitos sociais e por se fundamentar em princípios decorrentes dos direitos humanos, contemplando, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Brasileira e do Estado Democrático de Direito. Uma simples análise entre o Estatuto do Estrangeiro e a Constituição Federal de 1988 permite concluir que muitos dos artigos estabelecidos no Estatuto são totalmente incompatíveis com os novos preceitos constitucionais, o que leva a entender que muitos dos direitos e dos deveres estabelecidos aos estrangeiros não foram recepcionados pela Constituição.

A Constituição Federal, aliás, determina a igualdade entre homens e mulheres, bem como estende direitos e garantias fundamentais aos estrangeiros, segundo consta no artigo 5º, *caput*, e inciso “I”. Em seus artigos 1º, inciso III, e 4º, inciso II, harmônicos entre si, a consolidação da

convicção de que cada pessoa é um fim em si mesmo e, portanto, dotada de dignidade humana, reflete o princípio de que os direitos humanos são bens jurídicos extensíveis a todos (UCHÔA, 2016, p. 75). Via de consequência, muitos dos direitos sociais atribuídos aos cidadãos de nacionalidade brasileira também são extensíveis aos estrangeiros. Em que pese o Estatuto do Estrangeiro fosse altamente restritivo aos direitos dos estrangeiros, o seu artigo 95 estabelecia que o estrangeiro residente no Brasil gozava de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros. Tal artigo não teve, até o implemento da Lei de Migração, nenhuma revogação expressa, logo, os direitos sociais previstos na Constituição de 1988, com as ressalvas do próprio texto constitucional, também deveriam ter sido aplicados aos estrangeiros desde 1988. Todavia, o que se pode perceber é que as diretrizes restritivas estabelecidas no Estatuto do Estrangeiro continuaram a ser aplicadas e os imigrantes permaneceram sendo vistos como uma ameaça, enfrentando problemas não só burocráticos, mas sociais também.

Dessa forma, a Lei n.º 6.815/1980 não visava, de fato, à promoção da igualdade, dos direitos humanos, dos princípios e das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988. Em verdade, criminalizou a migração, considerando que a aplicação da referida lei preconizava a segurança nacional e restringia as liberdades dos estrangeiros, ao não permitir associação ou filiação sindical e o direito de manifestação, ao dificultar a regularização da sua estadia e ao tratar o imigrante como “mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional (sic)”, conforme determina o artigo 16, no parágrafo único. Para Milesi (2009, p. 56 - 57), o Estatuto se tornou obsoleto após a promulgação da Constituição de 1988, pois os princípios e os valores lá definidos não se coadunam com a normativa constitucional. Aponta a autora que se deve ter em vista, igualmente, que a lei ordinária foi elaborada em 1980, ou seja, diante de um cenário de regime de exceção, no qual o estrangeiro e a diversidade eram vistos como fatores que minavam a coesão social. O Estatuto não se preocupou, portanto, em garantir a prevalência de direitos humanos, tampouco garantir a dignidade da pessoa humana e promover a democracia (MILESI, 2009, p. 57).

Diante das inconsistências do Estatuto do Estrangeiro, do cenário nacional de entrada de imigrantes no país, como, por exemplo, a crise humanitária decorrente do terremoto do Haiti em 2010, bem como sob a influência de organismos internacionais e do debate público envolvendo movimentos sociais, foi aprovada e publicada a Lei n.º 13.445, de 24 de

maio de 2017 (Lei de Migração), a qual não pode ter outro objetivo que não seja o de reforçar os direitos e as garantias já previstos na Constituição Federal brasileira, mormente os relacionados à igualdade sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação. A Lei de Migração reforça a premissa de que a comunidade migrante deve ter assegurada grande parte dos direitos que se encontram previstos constitucionalmente, incluídos no rol de garantias e direitos fundamentais e que representam condições para uma vida digna. Esses direitos fazem parte de um conjunto de valores que diz respeito aos direitos humanos, inerentes a todo e qualquer homem, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, idade, condição e origem social e nacional, opiniões políticas ou de outro tipo. Gorczevski (2009, p. 20) refere que são direitos e garantias que nascem com o ser humano e fazem parte de sua natureza, pois sem eles não seria o homem capaz de existir e de desenvolver plenamente as capacidades da vida. Além disso, são universais, portanto exigíveis de qualquer poder político em qualquer lugar.

Em relação às políticas migratórias, a nova legislação estabelece que sejam pautadas de acordo com determinados princípios e diretrizes, dentre eles: a proteção aos direitos humanos; a igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; o acesso igualitário e livre do migrante a trabalho; o repúdio e a prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; a acolhida humanitária; o acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante (BRASIL, 2017). Conforme se verifica, a Lei n.º 13.445/2017 traz em seu texto o repúdio a quaisquer formas de discriminação e assegura vários direitos aos imigrantes. Entretanto, a efetiva aplicação dessa nova legislação ainda depende de uma série de regulamentações³ a serem feitas por meio de ações legislativas, fato

³ Dentre os direitos estabelecidos na Lei 13.445/2017 que ainda dependem de regulamentação, podem ser citados:

Art. 3º, X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas;
Art. 3º, XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social;

Art. 3º, XIII - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas

que demonstra uma insegurança sobre as medidas que serão tomadas. Tal insegurança não teria lugar caso os princípios assegurados na Constituição Federal de 1988 fossem de fato observados desde a sua elaboração, em 1988. Aliás, muitos dos direitos referidos na Lei de Migração, considerando a igualdade dentre nacionais e estrangeiros, já estavam previstos no texto constitucional. Embora tenha sido publicado o Decreto N.º 9.199 de 20 de novembro de 2017, no intuito de regulamentar a referida Lei, há ainda uma lacuna em relação à efetivação de direitos que dizem respeito à condição de dignidade humana, como, por exemplo, inclusão social e laboral, extensão dos programas de benefícios sociais aos migrantes e validação de diplomas de qualificação, ou seja, direitos que realmente os coloquem em iguais condições de oportunidades com os nacionais.

Contudo, não se pode negar que a nova legislação sobre migrações apresenta um avanço em relação à proteção e à extensão de direitos sociais aos imigrantes, o que de fato amplia o espaço público de discurso e colabora para que a visão acerca da importância dos direitos humanos seja disseminada, mesmo que ainda não se tenha a plena igualdade de direitos com os nacionais. Houve uma mudança de paradigma para uma visão mais humanista da questão migratória. Apesar desse avanço, a nova legislação ainda está longe do ideal, pois sequer faz um recorte de gênero na questão migratória, o que se mostra relevante, tendo em vista a representatividade das mulheres nesse processo e a falta de políticas públicas específicas para mulheres nessa condição.

As políticas públicas para garantia de direitos sociais a serem elaboradas e efetivadas no âmbito da Lei de Migração devem ser pensadas se levando em consideração todas as dificuldades encontradas pela população migrante, como também pela lógica de transversalidade sob uma perspectiva de gênero. O que, segundo Costa (2011, p. 208) se “consustancia no sentido de que todas as políticas públicas implementadas tenham uma perspectiva de gênero que exista desde o momento da identificação de um problema”, cuja consequência pode afetar de maneira diversa homens e mulheres, demandando soluções diferentes. Costa (2011, p. 194) chama atenção ao fato de que homens e mulheres são estruturalmente diferentes, o que interfere não só no seu modo de viver em sociedade, mas também

migratórias e promoção da participação cidadã do migrante;

Art. 3º, XXI - promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei;

Art. 4º, VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.

nas políticas públicas a serem elaboradas e executadas na comunidade. A omissão da lei neste ponto pode se mostrar como um fator de reprodução de desigualdades e de assimetria entre homens e mulheres (na medida em que não leva em consideração as idiossincrasias de cada sexo), assim como das diferenças decorrentes do processo de socialização.

CONCLUSÕES

Com o presente artigo, procurou-se responder se a legislação brasileira, no que concerne à proteção dos direitos humanos de mulheres em situação de migração, está de acordo com os instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Conforme se infere de todo o exposto, não há instrumentos internacionais e nacionais específicos destinados à proteção dos direitos humanos de mulheres em situação de migração, todavia a análise conjunta de vários documentos internacionais pode servir de parâmetro para que sejam implementadas políticas públicas destinadas às mulheres nessas condições.

Na condição de membro da ONU, o Brasil tem o compromisso de atuar na proteção dos direitos de todo e qualquer ser humano, e, para tanto, suas regras e atitudes não podem destoar dos instrumentos internacionais que tratam de direitos humanos de proteção às mulheres e aos migrantes. Nesse sentido, a legislação nacional que aborda os direitos dos migrantes deve estar em sintonia com o sistema de proteção internacional. A análise permite concluir que o revogado Estatuto do Estrangeiro não atendia às diretrizes internacionais de proteção ao migrante, pois era voltado a uma política de proteção ao mercado de trabalho e à segurança nacional, traduzindo uma visão de criminalização da migração, não facilitando a inclusão social dessa população.

Em relação à Lei de Migração, essa demonstra maior compatibilidade com o sistema de proteção internacional, na medida em que expressamente concede vários direitos sociais até então sonegados aos migrantes. Entretanto, em relação específica às mulheres, a lei é silente quanto a ações estratégicas que visem a proteção da mulher, sendo absolutamente neutra com relação à questão de gênero, não identificando uma proteção específica para a mulher migrante, tampouco expressando políticas públicas transversais que possam minimizar as desigualdades entre homens e mulheres.

Inegável que a nova normativa brasileira, a Lei de Migração, assegura direitos que antes eram negligenciados aos imigrantes, assim como afasta o caráter de desconfiança depositado no estrangeiro ao repudiar a criminalização da migração e as formas de discriminação. Porém, a nova lei não traz um recorte de gênero e/ou as medidas de amparo e proteção a esta categoria (de mulheres migrantes). Devem-se combinar todas as normativas que tratam do assunto, sejam tratados internacionais ou normas internas, desde que respeitados os princípios e os direitos considerados fundamentais, aos quais o Brasil está obrigado a observar. E se obriga não só por fazer parte integrante da OIT e da Organização das Nações Unidas, mas pelo fato de que promover o bem comum e o desenvolvimento pessoal, social e laboral daqueles a quem dá abrigo, seja nacional ou não, homem ou mulher, é promover o crescimento da nação como um todo. Um país só se faz crescer e desenvolver a partir do crescimento de todas as suas minorias.

A efetividade das normas internacionais sobre proteção à mulher e aos migrantes depende da internalização do conceito de igualdade, guardadas as devidas diferenças e necessidades que assegurem o acesso dessas minorias às oportunidades. A Lei de Migração deve servir como meio de efetivação e promoção de direitos, liberdades e garantias ao migrante. Para tanto, é preciso que haja o diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias, bem como seja levada em consideração a condição da mulher nesse contexto. Destarte, deseja-se, com o presente artigo, iniciar estudos que sirvam de embasamento a projetos de políticas públicas que se preocupem com o acolhimento, a proteção, a promoção e a inclusão dos imigrantes que chegam ao Brasil, visando a soluções dos problemas enfrentados não só por mulheres, mas homens também, facilitando o acesso dessas pessoas ao convívio social, às escolas, às universidades, ao mercado de trabalho e à saúde, como forma de garantir uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme. Brasil precisa reformar estatuto do estrangeiro. **LABOR. Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano II, n.5, 2014. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/a9d2c6c4-425e-4beb-a631-4826b7334573/Labor_n5.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jul. 1992a.

BRASIL. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jul. 1992b.

BRASIL. Decreto n.º 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a convenção internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 dez. 1969.

BRASIL. Decreto n.º 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 set. 2002.

BRASIL. Comissão de Direito do Trabalho, Parecer/ CDT/Nº 003/87. **Diário do Congresso Nacional** (Seção I), 29 de setembro de 1987, p. 2907-8. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD29SET1987.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018

BRASIL. Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 ago. 1980.

BRASIL. Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 jul. 1997.

BRASIL. Lei n.º 13.445 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 mai. 2017.

CAMARGO, Luís. Vamos em frente. **LABOR. Revista do Ministério Público do Trabalho**, ano II, n.º 5, 2014. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/a9d2c6c4-425e-4beb-a631-4826b7334573/Labor_n5.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em: 12 out 2016

CAMPANA, Bibiana; NEVES, Bruna; NUNES, Thaciely. Gênero e migrações: a (in)visibilidade feminina no contexto das migrações contemporâneas. In: **Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária**. GAIRE - Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (Org.). Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016, p. 59-68.

CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos fundamentais sociais:** dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In: LEAL, R.G; REIS, J.R. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.** Santa Cruz: EDUNISC, 2011. p. 194-213.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; DIEHL, Rodrigo Cristiano. A cidadania em busca de efetivação e o papel das políticas públicas na era da globalização. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (Org.). **O direito na atualidade e o papel das políticas públicas.** Curitiba: CRV, 2015. p. 9-22.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (ESMPU). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais.** PETERK, Sven (Coord.); RAMOS, André de Carvalho (Col.) et al. Brasília, DF: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/manual-pratico-de-direitos-humanos-internacionais>. Acesso em: 30 out. 2017

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar.** Santa Cruz: EDUNISC, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). População. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 30 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo Demográfico 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=downloads>. Acesso em: 30 out. 2017

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil.** Brasília, DF: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), IPEA, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=26669. Acesso em: 22 out. 2017

LIMA, Fernanda Da Silva. Crise humanitária internacional e os direitos das crianças migrantes ou refugiadas: uma análise da Opinião Consultiva n.º 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n.º 51, p. 87-107, jan. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8303/6158>. Acesso em: 24 out. 2017.

MILESI, Rosita. Políticas Públicas II Direitos do estrangeiro no Brasil: referências e perspectivas. In: ZAMBAERLAN, J. et al. **Desafios das Migrações – buscando caminhos**. Porto Alegre: Solidus, 2009.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBRASIL). **Brasil recebe mais de 240 recomendações de direitos humanos na ONU**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/revisao-periodica-universal-brasil-recebe-mais-de-240-recomendacoes-de-direitos-humanos-na-onu/>. Acesso em: 04 nov. 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias**. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%A3ias.pdf>. Acesso em: 01 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Países membros**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/#paisesMembros2>. Acesso em: 03 nov. 2017

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, 1969**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/convencion.asp>. Acesso em: 24 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA).

Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, 1990. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%C3%A7%C3%A3o%20de%20dezembro%20de%201990.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2017

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).

Convenção n.º 97, de 1949. Trabalhadores migrantes. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convocoes/WCMS_235186/lang--pt/index.htm. Acesso em: 02 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).

Convenções. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convocoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).

Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento. 86^a. Sessão, Genebra, junho de 1998. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/publication/wcms_230648.pdf. Acesso em: 05 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).

Convenção n.º 143, de 1975. Migrações em condições abusivas e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%A3o-abusiva-e-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de-trabalhadores-migrantes>. Acesso: 14 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT).

Migração Laboral no Brasil: Políticas, Leis e Boas Práticas (2007 a 2016). Organização Internacional do Trabalho, Escritório da OIT no Brasil. – Brasília, DF: OIT, 2016. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/-ilo-brasilia/documents/publication/wcms_547266.pdf. Acesso em: 05 nov. 2017.

PEREIRA, Gustavo de Lima; ABREU, Márcia Elisa da Costa. Transformando o “intruso” em “incluso”: xenofobia e discriminação na acolhida de imigrantes no Brasil. In: **Múltiplos olhares: migração e refúgio a partir da extensão universitária**. GAIRE - Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (Org.). Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2016, p. 131-141.

SPRANDEL Márcia Anita. Marcos legais e políticas migratórias no Brasil. In: PRADO, Erlan José Peixoto; COELHO, Renata (Org.). **Migrações e trabalho**. Brasília, DF: Ministério Público do Trabalho, 2015.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4^a REGIÃO (TRT4). Portal Imigrantes - **Orientações para acolhimento de imigrantes**. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/portal-imigrantes>. Acesso em :28 out. 2017.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho no Brasil: um estudo sobre igualdade efetiva baseado no modelo Espanhol**. São Paulo: LTr, 2016.

ZAMBERLAM, Jurandir. **O processo migratório no Brasil e os desafios da mobilidade humana na globalização**. Porto Alegre: Pallotti, 2004.

ZAMBERLAM, Jurandir; BOCCHI, Lauro; CORSO, Giovanni; e CIMADON, João Marcos. **Imigrante: a Fronteira da Documentação e o Difícil Acesso às Políticas Públicas em Porto Alegre**. Porto Alegre: Solidus, 2013.

ZAMBERLAM, Jurandir; BOCCHI, Lauro; CORSO, Giovanni; e CIMADON, João Marcos. **Migrações no Rio Grande do Sul: algumas respostas aos desafios da mobilidade humana (1945/2015)**. Porto Alegre: Solidus, 2016.

ZAMBERLAM, Jurandir; BOCCHI, Lauro; CORSO, Giovanni; FILIPPIN, Joaquim R.; e MUNARO, Egídia. **Desafios das Migrações – buscando caminhos**. Porto Alegre: Solidus, 2009.

O DIREITO ÀS TERRAS TRADICIONAIS RECONHECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA PERSPECTIVA DO TERRITÓRIO TRADICIONAL PANAMBI LAGOA RICA EM MATO GROSSO DO SUL – GUARANI KAIOWÁ

THE RIGHT TO TRADITIONAL LANDS RECOGNIZED BY THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 IN THE PERSPECTIVE OF THE TRADITIONAL TERRITORY PANAMBI LAGOA RICA IN MATO GROSSO DO SUL - GUARANI KAIOWÁ

Julia Thais de Assis Moraes*
Silvia Araújo Dettmer**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A importância histórica dos indígenas na construção do Brasil. 1.1 Breves comentários sobre o histórico indígena Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul. 1.2 A dignidade humana como fundamento da CF/88 relacionada com o direito às terras tradicionais. 1.3 O direito à terra indígena no Brasil colonial. 1.4 Direitos à terra indígena nas constituições brasileiras até a CF/88. 1.5 A tutela jurídica do direito à terra indígena na Constituição Federal de 1988. 2 Ocupação territorial indígena. 2.1 Posse indígena: um conceito constitucional. 2.2 Indigenato: teoria da posse indígena adotada pela CF/88. 2.3 Procedimento para demarcação de terras indígenas. 3 A demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica/MS. 3.1 A anulação da demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica/MS. 3.2 Uma análise da decisão que anulou a demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica/MS: o marco temporal. 3.3 Comprovação do esbulho indígena configurando o direito à terra Panambi Lagoa Rica/MS. 3.4 O contexto do direito à terra indígena na percepção dos direitos humanos. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho visa a analisar o direito às terras originárias previstas na Constituição Federal de 1988, com base no caso concreto do território Panambi Lagoa Rica dos Guarani-

* Mestranda BOLSISTA CAPES/PROSUP em Teoria Geral do Direito pelo Centro Universitário de Marília UNIVEM 2019/2021 . Graduada em Direito (2014/2018) na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul/ UFMS-CPTL.

** Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, campus de Três Lagoas no Curso de Direito na disciplina de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília/SP (UNIVEM) e Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP (orientador Luiz Alberto David Araujo). Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP (orientadora Flávia C. Piovesan). Professora do Programa de Pós-Graduação em Ensino e Processos Formativos da Unesp, campus Ilha Solteira/SP.

Artigo recebido em 11/12/2018 e aceito em 05/09/2019.

Como citar: MORAES, Julia Thais. DETTMER, Silvia Araújo. O direito às terras tradicionais reconhecido pela Constituição Federal de 1988 na perspectiva do Território Tradicional Panambi Lagoa Rica em Mato Grosso do Sul – Guarani Kaiowá. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 369-403. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archi>

Kaiowá, em Mato Grosso do Sul. O atual texto constitucional e as legislações infraconstitucionais (como o Estatuto do Índio e legislações estaduais que permeiam a temática) serão ponderados para estabelecer uma ampla compreensão da temática. Fatos históricos que culminaram na atual situação do território, como a criação de reservas indígenas a partir da atuação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), entre 1915 a 1928, também serão expostos, bem como os interesses coloniais e agrários que dificultam o reconhecimento de terras originárias no Estado. Por fim, demonstrar-se-á como a decisão judicial, em 2016, que anulou o processo demarcatório do território indígena contraria os ditames constitucionais. Aplica-se à pesquisa o método exploratório, bibliográfico e qualitativo.

Palavras-chave: Constituição Federal de 1988. direito constitucional às terras indígenas. demarcação de terras indígenas. território tradicional Panambi Lagoa Rica – Mato Grosso do Sul.

ABSTRACT: This paper aims at analyzing the right to the original lands provided for in the Federal Constitution of 1988, based on the concrete case of the Panambi Lagoa Rica of the Guarani-Kaiowá territory in Mato Grosso do Sul. The current constitutional text with infra-constitutional legislations such as the Indio and state legislations that permeate the theme will also be weighed to establish a broad understanding of the issue. Historical facts that culminated in the current situation of the territory, such as the creation of indigenous reserves from the service of the Indian Protection Service (SPI), between 1915 and 1928 will also be exposed as well as the colonial and agrarian interests that make it difficult to recognize land originating in the State. Finally, it will be demonstrated how the judicial decision in 2016 that annulled the demarcation process of the indigenous territory contradicts the constitutional dictates. The exploratory, bibliographic and qualitative method is applied to the research.

Keywords: Federal Constitution of 1988. the constitutional right to indigenous lands. demarcation of indigenous lands. traditional territory Panambi Lagoa Rica – Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a refletir sobre o direito à terra indígena, estabelecido na Constituição Federal de 1988. Fundamenta-se no caso Panambi Lagoa Rica do Guarani Kaiowá, em Mato Grosso do Sul. O atual texto constitucional inaugurou a constitucionalização (BARBIERI, 2008, p. 50) dos direitos indígenas, dedicando-lhes, exclusivamente, o Capítulo VIII, iniciado com o artigo 231, que reconhece os indígenas em conformidade com seus usos, costumes e tradições, além de normatizar o direito às terras originárias.

Antes de iniciar a exposição das ideias analisadas ao longo deste trabalho, é necessário ressaltar a nomenclatura no que tange a alguns termos. As palavras “indígenas” e “tradicionais” são utilizadas como sinônimos, uma vez que o termo “tradicional”, no sentido constitucional, se refere aos territórios pertencentes aos índios, onde exercem suas tradições, usos e costumes (BRASIL, 1988). Ao se remeter à ideia de comunidade indígena, esta poderá ser denominada “comunidade tradicional”, o que se aplica à ideia de terras.

O primeiro capítulo analisa a história dos indígenas juntamente aos diplomas legais que se referem ao tema. Realiza-se, também, uma breve digressão histórica sobre os Guarani Kaiowá, que são titulares do território que dá título ao trabalho.

A dignidade da pessoa humana é destacada, pois se projeta na causa indígena, relacionando-se com a necessidade de usufruírem de um território particular. Os diplomas legais se referem àqueles do período colonial, como as Cartas Régias e os Alvarás Régios e, de modo gradual, entram no período das Constituições brasileiras até culminar na Constituição Federal de 1988 (CF/88), que orienta os procedimentos demarcatórios. Faz-se uma análise específica da tutela jurídica das terras indígenas sob a égide da CF/88.

O segundo capítulo discorre acerca da ocupação territorial indígena, indicando como se dá essa conceituação e quais textos normativos a justificam. Nesse sentido, a posse indígena – alinhada com a prescrição constitucional de 1988 e com a teoria do indigenato – é exposta, a fim de se estabelecer amplo esclarecimento sobre as posses dos territórios tradicionais. O procedimento para demarcação de terras indígenas regido pelo Decreto nº 1775/96 é pontuado, para demonstrar como se dá o trâmite legal para determinada terra ser declarada indígena, cumpridos todos os requisitos necessários.

O terceiro capítulo trata de um caso específico de demarcação de terra indígena, o território Panambi Lagoa Rica, dos Guarani Kaiowá, em Mato Grosso do Sul. Assim, expõem-se a decisão do Juiz Federal de Dourados, que anulou o processo de demarcação territorial, e a tese que fora utilizada para justificar a decisão. A tese empregada pelo magistrado foi a do marco temporal, estruturada no caso Raposa Serra do Sol, em que produtores de arroz tentavam impedir a demarcação territorial de uma vasta porção de terra utilizada para o plantio de arroz.

A tese do marco temporal é analisada e confrontada com a tese do esbulho renitente, a fim de demonstrar que é contrária aos ditames constitucionais.

A tese do esbulho renitente é exposta, inferindo ser a que realiza os preceitos constitucionais inerentes aos indígenas estabelecidos no Capítulo VIII, da CF/88. Uma breve análise dos direitos humanos no contexto da terra indígena também é feita no terceiro capítulo, uma vez que o texto constitucional se compromete com a ordem internacional no preâmbulo e

no artigo 4º, II, prevendo o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa discussão, no âmbito dos direitos humanos, encontra amparo na Declaração da Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, em razão de ser o texto mais recente sobre os direitos indígenas no âmbito internacional. E, diante da Declaração, foi trabalhado seu artigo 26, por versar sobre o direito dos indígenas às terras que ocupam, garantia primordial para a sobrevivência de sua cultura e comunidade.

No quarto capítulo, há a conclusão a respeito do direito à anulação do procedimento demarcatório da terra tradicional Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, considerando todos elementos expostos ao longo do texto.

1 A IMPORTÂNCIA HISTÓRICA DOS INDÍGENAS NA CONSTRUÇÃO DO BRASIL

Os indígenas foram a principal matriz étnica fundante de terras brasileiras. Conforme assevera Darcy Ribeiro, os indígenas que no Brasil se encontravam quando os colonizadores portugueses chegaram, constituíam a matriz tupi. Dessa forma, foram se instalando por todo território brasileiro (RIBEIRO, 2015, p. 25).

A diversidade étnica proporciona um país ideologicamente integrado territorialmente por culturas e etnias. Os indígenas têm cultura própria, na forma de organizações sociais, línguas, religiões, elementos que agregaram características especiais à identidade do homem brasileiro (PEREIRA, 2002, p. 45).

Os indígenas representam a riqueza multicultural, o respeito ao meio ambiente e ao ecossistema, bem como o cuidado da índia com seu filho, colado no peito dela em tempo integral, de “mochila”, por eles inventada e copiada por todos nós (BARBIERI, 2008).

Os indígenas são os principais atores sociais para a efetivação de um Estado, de fato, pluralista e multicultural e, consequentemente, para a formação de um Estado Democrático de Direito configurado na realidade social.

1.1 Breves comentários sobre o histórico indígena Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul

A palavra *kaiowá* é oriunda do termo *ka’agua*, que, no dialeto guarani, significa uma comunidade que vive na mata. Na esfera internacional, encontra-se o termo traduzido para o espanhol e elencado

em documentos de demarcação de terras indígenas, como os Tratados de Madri (1750) e Santo Ildefonso (1778).

Em Mato Grosso do Sul (MS), os sertanistas do século XXI grafaram a variação da expressão kaiowá, que se encontrava em quatro termos, *caiua*, *caigua*, *caioas*, *cayuas* e *cayuaz* (CHAMORRO, 2016, p. 209-210). Atualmente, emprega-se *kaiowá* como termo para a autoidentificação, que consiste na noção de pertencimento individual à determinada etnia.

Considera-se que as etnias Guarani Kaiowá pertencem à família linguística tupi-guarani. A etnia guarani se denomina *Nadeva*, enquanto a kaiowá *Pai-Tavytera*: “habitantes do povoado do centro da terra” (CHAMORRO, 2016, p. 209).

Quanto à sua localização topográfica, essas etnias ocupavam um extenso território no Estado de MS, entre o rio Apa, Serra de Maracaju, os rios Brilhante, Ivinhema, Paraná, Iguatemi e a fronteira com o Paraguai. Agrupavam-se em áreas de mata, ao longo dos córregos e rios, em pequenas comunidades de uma ou duas famílias (BRAND, 2004, p. 138).

O projeto de aldeamento indígena foi estabelecido no território nacional desde o período imperial (CAVALCANTE, 2012, p. 12), destacando-se nas províncias¹ que não possuíam áreas exploradas e colonizadas. Iniciado na década de 1840, pelo Barão de Antonina.

Em 1850, o Barão elaborou a Lei de Terras, que objetivava contratar sertanistas para demarcar glebas para suas fazendas. Legislação considerada como precursora na organização da propriedade privada no país.

Com isso, em 1863, os trabalhos da fundação do aldeamento Indígena Antonina foram iniciados, associando-se à colônia militar de Dourados (CHAMORRO, 2016, p. 217-218).

A expulsão dos indígenas Guarani Kaiowá foi articulada a partir de 1880, após a Guerra do Paraguai, quando a Companhia Matte Laranjeira (1882) se instalou na região. A companhia deslocou um grande contingente populacional indígena, cuja mão de obra nos ervais era predominantemente indígena, exercidas em jornadas de trabalho exaustivas.

Com base nas considerações de Chamorro (2016, p. 221), observa-se que uma das consequências desse período para a população Kaiowá foi

¹ Há regulamentações com força de lei – as Cartas Régias, o Diretório dos Índios, o Regulamento das Missões de 1845 etc., relatórios provinciais, correspondências trocadas entre missionários e diretores dos aldeamentos e as autoridades coloniais ou imperiais e, com menor frequência, documentos jurídicos, como processos e requerimentos ou petições envolvendo os grupos indígenas aldeados.

o fim do isolamento, uma vez que os exploradores já não eram viajantes e forasteiros. A exploração da erva mate acarretou o surgimento de novos núcleos populacionais e novas cidades, como Porto Murtinho, Bela Vista, São Tomás, Nhu Verá, Campanário, Caracol, Margarida, Cabeceira do Apa e Porto Felicidade.

Elucida ainda que, nesse contexto, o trabalho indígena passou a ser cada vez mais requisitado para a exploração da erva. Fato que proporcionava a ausência de muitos indígenas por longos períodos dos seus locais tradicionais de residência, acampando isolados ou com suas famílias nos ranchos das ervateiras.

Após o término do processamento da erva no local, o rancho e os trabalhadores mudavam de lugar ou estes mudavam de patrão (ARRUDA, 1997, p. 61).

Para Chamorro (2016, p. 221), esta mobilidade forçada dispersou as comunidades indígenas e perturbou as suas formas de produção, consumo e sociabilidade tradicionais. A tuberculose e as epidemias de varíola e sarampo ceifaram tantas vidas, que a Missão Evangélica Caiuá chegou a construir a Ñanderóga, “Nossa Casa”, para acolher crianças, sobretudo, órfãs.

Diante desse cenário, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), atuante entre 1915 e 1928, demarcou oito reservas indígenas que objetivavam aglomerar a diversidade populacional étnica dispersas no território sul do atual Estado de Mato Grosso do Sul, antiga província nomeada Mato Grosso (PEREIRA, 2003, p. 140).

Essas reservas representavam políticas estatais de liberação de terras destinadas à colonização e à subjugação indígena aos projetos de apropriação e exploração de recursos naturais pelo homem branco.

As demarcações de reservas indígenas elaboradas pelo Estado buscavam dirimir os conflitos exploratórios dos indígenas pelos erva-mateiros (ARRUDA, 1997, p. 115). No entanto, as reservas tornaram-se centros de negociação da mão de obra indígena. Institucionalizou-se a exploração econômica de terras indígenas não demarcadas, mas povoadas por aquele grupo (CHAMORRO, 2016, p. 222).

A Colônia Agrícola Federal de Dourados (Decreto-lei n. 5.941), estruturada em 1943, sinalizou a marcha colonial para o oeste em que os colonos, inicialmente, ocupariam apenas áreas não habitadas pelos índios. Entretanto, essa prerrogativa não foi cumprida e culminou na dispersão dos indígenas que se encontravam naquela região.

Em 1948, foi iniciada a negociação para delimitar uma área mínima que pudesse garantir a sobrevivência dos Guarani Kaiowá da região. Em 1950, restaram aos indígenas sete lotes da Colônia Agrícola Nacional de Dourados (CAND).

Os sete lotes da colônia corroboravam o processo de expropriação territorial e a transferência compulsória dos grupos para dentro das pequenas reservas criadas naquele exígido território; geraram, também, a expulsão dos indígenas de áreas colonizadas.

No relatório da Inspetoria Regional, escrito pelo Diretor do SPI, Iridiano Amaro de Oliveira em dezembro de 1952, atestou-se a invasão do território Panambi Lagoa Rica por parte da Colônia Agrícola Nacional de Dourados (Brasil, Relatório da Comissão Nacional da Verdade, 2014, p. 222-223) e, consequentemente, a expulsão dos Guarani Kaiowá.

A partir da década de 1950, a instalação de empreendimentos agropecuários em outros espaços ocupados pelos Guarani Kaiowá, expandiu-se, acentuando o processo de desmatamento e dispersão do territorial.

Em 1970, a soja e a mecanização da produtividade agrícola adentraram a região povoada por indígenas, em contrapartida, a mão de obra indígena foi dispensada. A substituição dos restos de mata, capoeiras e campos pela monocultura da soja comprometeu a biodiversidade, essencial para o modelo Guarani Kaiowá.

Nesse sentido, Brand aduz que:

O comprometimento dos recursos naturais, resultante da perda da terra, retirou as condições necessárias para a sua economia, impondo aos homens indígenas o assalariamento. Provocou a rápida passagem de alternativas variadas de subsistência – agricultura, caça, pesca e coleta – para uma única alternativa, a agricultura e esta apoiada em poucas variedades de culturais e, mais recentemente, o assalariamento em usinas de álcool. No entanto, mais do que as alternativas econômicas, comprometeu de forma crescente a autonomia interna desses povos por reduzir suas possibilidades de decisão sobre essas questões, deixando cada vez um espaço mais reduzido para a negociação a partir de suas alternativas históricas culturais. (2004, p. 140-141).

A partir de 1978, o movimento indígena guarani-kaiowá se organiza para reivindicar a posse de terras tradicionais, elegendo como

alicerce do movimento a dispersão territorial forçosa iniciada no século XXI, por atos estatais.

1.2 A dignidade humana como fundamento da CF/88 relacionada com o direito às terras tradicionais

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988; elencada no artigo 1º, III, do texto constitucional. É uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (BARCELLOS, 2002, p. 181).

O Estado Democrático de Direito cria complexo de direitos e deveres fundamentais para que seja assegurada a proteção contra qualquer ato de cunho degradante e desumano. E se compromete a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, direitos que criam as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2010, p. 70).

[...] a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que comprehende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entraña e se confunde com a própria natureza do ser humano [...]. A Constituição, reconhecendo sua existência e sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. [...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. (SILVA, 2012, p. 40).

A dignidade da pessoa humana, no contexto dos direitos indígenas, se projeta no sentido da preservação de sua cultura, assegurando o direito aos seus costumes, às crenças, às tradições (SARMENTO, 2010, p. 302). Esses elementos, para serem efetivados, necessitam de um espaço singular denominado *terras originárias*.

Os indígenas possuem uma relação com a terra que antecede a formação do Estado, direitos ditos originários (TREVISAM; SANTOS; VILAR, 2014, p. 10). Nesse sentido, a Constituição de 1988 consagrou o princípio de que os índios são os primeiros e naturais senhores da terra, alinhando-se à tese do indigenato, como será analisado no presente trabalho.

A definição de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios encontra-se no §1º, do artigo 231, da Constituição Federal de 1988. Assim, o Poder Público está obrigado a promover esse reconhecimento, sempre que uma comunidade indígena ocupar determinada área nos moldes do artigo 231.

Art. 231. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

A preservação da cultura indígena está estritamente relacionada à dignidade da pessoa humana, por meio do reconhecimento das terras originárias, pressuposto para seus costumes, crenças e tradições e, consequentemente, para exercerem os demais direitos que alicerçam o Estado Democrático de Direito (TREVISAM, SANTOS; VILAR; 2014, p. 15).

1.3 O direito à terra indígena no Brasil colonial

Os direitos dos povos indígenas no Brasil começam a ser tratados no período colonial por meio das Cartas Régias dos anos de 1609 e 1611, promulgadas por Filipe III, o rei de Portugal (VILLARES, 2013, p. 98). A primeira carta ainda não mencionava a questão de terras, porém deve ser destacada, em virtude de pontuar o início do tratamento normativo aos direitos indígenas.

A Carta Régia de 30 de julho de 1609 (TRANSFONTES, 2009a) previa que os indígenas tinham o direito à liberdade e a um salário pelos serviços que prestassem nas fazendas dos colonizadores, proibindo o trabalho forçado.

E para se atalharem os grandes excessos, que poderá haver, se o dito cativeiro em alguns casos se permitir, para de todo se cerrar a porta a isto, com o parecer dos meus Conselhos, mandei fazer esta Lei, pela qual declaro todos os gentios d'aquelas partes do Brasil por livres, conforme a Direito,

e seu nascimento natural, assim os que já foram batizados, e reduzidos à nossa Santa Fé Católica, com os que ainda viverem como gentios, conforme a seus ritos, e ceremonias; os quais todos serão tratados, e havidos por pessoas livres, como são; e não serão constrangidos a serviço, nem a cousa alguma, contra sua livre vontade; e as pessoas, que deles se servirem nas suas fazendas, lhes pagarão seu trabalho, assim, e de maneira, que são obrigados a pagar a toda as mais pessoas livres, de que se servem. (BRASIL, 1609 apud TRANSFONTES, 2009a).

A segunda Carta Régia de 1611 (TRANSFONTES, 2009b), proclamada em 10 de setembro, também por Dom Filipe III, inaugura a normatização do direito à terra aos indígenas. Assegurava o direito à terra onde se localizavam, não podendo ser obrigados a retirarem-se sem consentimento (GUARANY, 2016, p. 119).

E os Gentios serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, sem sobre elas se lhes fazer moléstia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitanias e lugares, que lhes forem ordenados, salvo quando eles livremente o quiserem fazer. (BRASIL, 1611 apud TRANSFONTES, 2009b).

Em 1680, a garantia de terra ao povo indígena foi reforçada com o Alvará Régio de 01 de abril. O documento afirmava que os indígenas eram senhores de seus domínios e propiciava aos índios desaldeados um lugar para sobreviverem, uma vez que os direitos às terras para os indígenas eram considerados primários e naturais (VILLARES, 2009, p. 54).

E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: e por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas. (BRASIL, 1680).

O ano de 1700 também foi marcado por diversas normas que protegiam os direitos indígenas assegurados no Alvará Régio (TRANSFONTES, 2010). Destaca-se a Lei de 06 de julho de 1755, conhecida como Lei Pombalina, e o Diretório dos Índios de 1758. E, para encerrar o período colonial no que se refere à proteção das terras indígenas, em 1819, D. João VI assinou duas provisões legais que reconheceram o domínio das terras aos povos indígenas, declarando serem inalienáveis as terras onde se localizavam as aldeias (GUARANY, 2016, p. 121).

1.4 Direitos à terra indígena nas constituições brasileiras até a CF/88

A Constituição de 1934 foi a primeira a dar tratamento constitucional ao direito à terra pertencente aos povos indígenas nomeados pelo texto constitucional silvícolas. Adotou expressamente a teoria do indigenato, sendo o Estado que tutelava os direitos e interesses indígenas, determinando que as terras ocupadas por índios seriam propriedade da União (CAVALCANTE, 2013, p. 158-239).

Art. 5º - Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...]

m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. (BRASIL, 1934).

O termo “permanentemente”, empregado no artigo 129, da referida Constituição, remete a uma posse de um território já ocupado por indígenas (FREITAS JUNIOR, 2010, p. 63). O termo demonstra respeito aos direitos originários indígenas, em consonância ao estabelecido no alvará de 1º de abril de 1680. Atribuindo uma maior proteção às terras, garantindo-se a sua inalienabilidade, de modo a restringir qualquer tratamento depredatório e negocista sobre ela.

A posse tribal é condição essencial a sobrevivência dos índios. Ela opera como uma barreira à interação e incorporação. Permitindo ao Índio se refugiar em um território onde possa garantir ao menos sua subsistência facultar-lhe escapar das compulsões geradas pela estrutura agrária vigente, as quais de outro modo o compeliriam a incorporar-se a massa de trabalhadores sem terras. (RIBEIRO, 1977, p. 143).

Quando o texto constitucional declara que cabe aos silvícolas a posse permanente das terras por eles habitadas, isso não significa um simples pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis são destinadas para sempre ao seu habitat (SILVA, 2014, p. 875).

À terra indígena foi conferida natureza jurídica de direito natural, por ser um direito preexistente ao reconhecimento constitucional. Constituindo-se como um direito pertencente à comunidade indígena e anterior a qualquer ordenamento legal, portanto, originário (SILVA, 2016, p. 87).

A Constituição de 1937 conservou o direito à terra como direito originário, e a competência cabia à União (BARBIERI, 2008, p. 100). As Constituições seguintes, 1946 e 1967, repetiram a regra da Constituição de 1934, adotando o indigenato como o parâmetro normativo a tratar a questão indígena: “art. 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas” (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 preservou o direito à posse das terras indígenas, todavia, alterou a parte final do texto normativo, passando a utilizar o termo “com a condição de não transferirem”, no lugar de “vedada sua alienação”, não implicando interpretações diversas das transmitidas pelas Constituições anteriores (1934 e 1937): “art. 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem” (BRASIL, 1946).

A Constituição Federal de 1967 manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre a integração do indígena à comunidade nacional: “Art. 8º. Compete à União: [...] XVII - legislar sobre: [...] o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional [...]” (BRASIL, 1967). Essa Constituição previu as terras ocupadas por indígenas como bem da União (“art. 4º. Incluem-se entre os bens da União: [...] IV - as terras ocupadas pelos silvícolas [...]” (BRASIL, 1967), conferindo uma proteção mais efetiva aos direitos à terra, impedindo as alienações de terras indígenas promovidas pelos Estados e Municípios e a usurpação feita por posseiros e pelas oligarquias rurais locais (VILLARES, 2009, p. 111).

Por fim, a Constituição de 1967 concedeu o usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes na terra, além da posse da terra. O usufruto exclusivo inovou a posse tradicional, passou a transmitir a ideia de habitat, proporcionando aos indígenas um território

futuro, e não mais apenas como uma posse referente a uma ocupação pretérita: “art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes” (BRASIL, 1967).

Vale lembrar que, quando o dispositivo falava em assegurar aos indígenas a posse permanente das terras que habitam, a contrario sensu das Constituições anteriores, essa posse permanente devia ser entendida, a partir de então, como uma garantia para o futuro, no sentido de propiciar aos grupos indígenas o seu habitat, deixando de ser exigido como um pressuposto referente a uma ocupação passada (MARQUES, 2012).

A emenda constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, também manteve as terras indígenas como bens da União, e sua competência exclusiva para legislar acerca da incorporação do indígena à sociedade (BARBIERI, 2008, p. 53). Seguiu prescrição constitucional anterior de 1967, referindo-se à posse permanente, de modo a assegurar aos indígenas um habitat, para que permanecessem livres de possíveis esbulhos. Declarou, também, a nulidade e a extinção de todos os efeitos jurídicos dos atos que objetivavam o domínio, a posse ou a ocupação das áreas habitadas por indígenas.

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio. (BRASIL, 1969).

É importante destacar que a Constituição de 1967, somada à Emenda nº 1, de 1969, garantiu a posse e o usufruto exclusivo das riquezas e a inalienabilidade das terras, e construiu o conceito jurídico de terra indígena (CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p. 100). O conceito entrou no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei nº 6.001, de 1973, o Estatuto do Índio, o qual regulamentou a matéria territorial indígena, conforme previsto na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Em 1988, com a Constituição Cidadã, os direitos indígenas passam a ter um tratamento diferenciado, sendo a eles dedicado, exclusivamente, um capítulo do rol normativo. O paradigma adotado é o da constitucionalização dos direitos indígenas, dando ênfase à especificidade e à diferença do índio, respeitando sua cultura e hábitos próprios dentro da sociedade nacional (BARBIERI, 2008, p. 69). Essa abordagem temática é tratada com mais profundidade no próximo capítulo.

1.5 A tutela jurídica do direito à terra indígena na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 dedica aos direitos indígenas o Capítulo VIII e destaca a preocupação constitucional em promover o bem de todos, sem qualquer distinção. A constitucionalização de direitos inerentes aos índios rompe com a tutela assimilacionista, que colocava o Estado como responsável a tutelar os atos indígenas (SANTILLI, 1993, p. 73). Tutela orientada pelo paradigma integracionista, que considerava os indígenas como sujeitos em patamares inferiores a sociedade, por causa de seus costumes e identidade.

A mudança profunda que a Constituição de 1988 introduziu foi o reconhecimento de direitos permanentes aos índios. Ela abandona a tradição assimilacionista e encampa a ideia – a realidade dos fatos – de que os índios são sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro. (SANTILLI, 2000, p. 29).

O texto de 1988 retrata uma era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas (SILVA, 2016, p. 850). As vantagens trazidas passam a ser representadas por mecanismos oficiais os quais proporcionam aos índios um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural (STF, s.d.). Assim, aborda, pela primeira vez na história das Constituições, o que seria terra indígena, reconhecendo os direitos originários às terras: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (BRASIL, 1988).

Quando a Constituição de 1988 coloca o direito à terra como originário, legitima-o, assegurando que a ocupação tradicional proporciona

a obtenção desse direito (SILVEIRA, 2015, p. 249). Ao reconhecer o direito originário da terra ao indígena, a Constituição Federal de 1988 fundamenta-se em tempos da Colônia, especificamente no Alvará de 1º de abril de 1680, que estabelecia que às terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos povos indígenas, primários e naturais senhores dela, sendo um direito congênito (MENDES JUNIOR, 1912, p. 180).

O artigo 231 dispõe sobre o direito a ser exercido pelos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens (LIMA, 2016, p. 110). Determina, também, que os direitos sobre as terras são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

O conceito de terra indígena elucidado pela CF/88 apresenta quatro elementos: a) habitação em caráter permanente; b) a utilização da terra para atividades produtivas; c) imprescindibilidade da preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar; e d) necessidade à sua reprodução física e cultural (SILVA, 2005, p. 855); tais elementos são tratados especificamente no capítulo seguinte, sobre ocupação territorial. Dessa forma, a interpretação sobre terras, tradicionalmente, passa a ser relacionada ao modo com que os povos indígenas se relacionam com a terra para garantirem sua sobrevivência física e cultural (SANTILLI, 2005, p. 59).

2 OCUPAÇÃO TERRITORIAL INDÍGENA

O conceito de terra tradicional é construído por meio do elemento da tradicionalidade de uma ocupação indígena em determinada área. A tradição referida pela Constituição Federal de 1988 consiste nos modos de ocupação territorial dos índios (SILVA, 2014, p. 888), especificamente no:

Art. 231. [...] § 1º: São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1988).

Por isso, os quatro quesitos citados, os quais compõem o conceito de terra indígena, se relacionam diretamente com o território que proporciona a reprodução física e cultural indígena (HOBSBAWM, 2008, p. 9).

A habitação em caráter permanente se relaciona a uma garantia futura de que as terras tradicionais indígenas serão destinadas sempre ao habitat da comunidade indígena. A utilização da terra para a produção refere-se ao desenvolvimento de atividades necessárias para a subsistência da comunidade indígena: caça, pesca, agricultura (SOUZA FILHO, 1998, p. 111).

A imprescindibilidade das terras diz respeito à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar. Ressaltando que sua utilização pela comunidade indígena não impossibilite a conservação dos recursos naturais dos quais necessitem para sobreviver. Por fim, as terras devem ser aptas a garantir o crescimento populacional sem prejuízo, bem como o espaço territorial deve ser suficiente para proporcionar o desenvolvimento cultural da comunidade (MARQUES, 2013, p. 100).

Dessa forma, a conexão entre esses quatro elementos configura a posse. Sendo uma forma de ocupação própria desses povos, que mantêm uma relação com a terra diversa do restante da população não indígena (SILVA, 2011, p. 855).

2.1 Posse indígena: um conceito constitucional

A posse indígena é regulada pela Constituição Federal vigente e por leis específicas, como o Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73). Sendo assim, ela não corresponde ao simples poder de fato sobre uma coisa para sua guarda e uso, com o consequente ânimo de tê-la como própria, configurando meramente uma relação material do homem com a coisa (PEREIRA, 2007, p. 859).

O conceito de terras indígenas é dado pelo §1º, do artigo 231, da Constituição Federal de 1988, que determina que as terras indígenas são aquelas tradicionalmente ocupadas pelos índios (CAVALCANTE, 2016, p. 25).

Definem-se como terras habitadas em caráter permanente aquelas utilizadas pelos indígenas para suas atividades produtivas, e imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, e consideradas necessárias para sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições (GONÇALVES, 1994, p. 83).

Cabe destacar que o artigo 20, XI, da CF/88 estabelece que as terras indígenas são bens da União (RIBAS, 2010, p. 8). Assim, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (LEITE, ROMERO, 2010, p. 8).

Nesse sentido, a posse tradicional dos índios diferencia-se daquela prevista no Direito Civil (artigo 1.196), definida como uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não proprietária, exerce sobre a coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a (PEREIRA, 2007, p. 17). A posse indígena se diferencia da posse civil, no que tange ao âmbito de sua efetivação, exercício e tutela, estando regulada pela Constituição Federal, e não pelo Código Civil.

O artigo 17, do Estatuto do Índio (BRASIL, 1973), classifica as terras indígenas em três categorias: I) as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas a que se refere, o artigo 231, da Constituição; II) as áreas reservadas; e III) as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Art. 17. Reputam-se terras indígenas: I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição,

II - As áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas. (BRASIL, 1973).

As primeiras categorias são determinadas pela Constituição Federal de 1988 como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, sobre as quais incidem o direito de usufruto exclusivo desse grupo e o domínio da União. Enquanto as áreas reservadas são aquelas existentes em qualquer parte do território nacional que a União pode destinar à posse e à ocupação dos índios (CAVALCANTE, 2016, p. 16).

A terceira categoria, terras de domínio das comunidades indígenas ou dos silvícolas, se refere às áreas obtidas por indígenas nos termos do artigo 32, do Estatuto do Índio: “São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as

terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil” (BRASIL, 1973). Ressaltando que, nestas, os índios que ocuparam por dez anos consecutivos áreas de terra inferior a cinquenta hectares, adquirem-lhe propriedade plena (LEITE; ROMERO, 2010, p. 5).

O ordenamento jurídico distingue o instituto da posse civil e da posse permanente das terras ocupadas pelos índios. Dessa forma, a posse indígena verifica-se a partir de requisitos diversos daqueles previstos no âmbito civil, exigindo tradicionalidade, usos e costumes indígenas (FREITAS JUNIOR, 2008, p. 7).

A posse indígena fundamenta-se no indigenato (FREITAS JÚNIOR, 2008) como um direito originário em relação à terra e a seus primeiros ocupantes. Caracteriza-se pela forma com que os índios se relacionam com modo de vida tradicional, que perdura, sendo um direito fundamental das comunidades indígenas (MOREIRA, 2004, p. 149).

2.2 Indigenato: teoria da posse indígena adotada pela CF/88

O indigenato é uma instituição jurídica luso-brasileira que remete aos tempos do Brasil Colônia, com o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755. Documento normativo que atribuiu aos indígenas o direito natural às suas terras, antecedente à ordem jurídica vigente (BENATTI, 2006, p. 85).

O Alvará de 1º de abril de 1680 insere os fundamentos do indigenato, os quais afirmam que os índios são “primários e naturais senhores” das terras que ocupavam. Instituto que estabelecia que a terra pertencente ao índio não necessitava de registro para a legitimar. Visto que a legitimidade se dava por serem os senhores primários das terras, defendendo a permanência do indígena na terra ocupada.

Configurou-se uma noção de justiça ao atribuir a cada um aquilo que lhe pertence, sendo o direito à terra primário e congênito à posse territorial (MENDES JUNIOR, 1912). A relação de posse que os índios têm com a terra onde vivem é fundada primordialmente na tradicionalidade, regulada pela Constituição Federal de 1988. O indigenato torna-se um conceito próprio para compreendê-la.

A partir do indigenato, é elucidada a diferença da posse indígena, regida pela Constituição Federal de 1988 para a posse civil, regida pelo Código Civil de 2002 (CUNHA, 2005, p. 7). Uma vez que

a posse indígena abrange desde a sobrevivência física até a cultural da comunidade tradicional. Enquanto a posse civil se restringe ao poder de fato, pleno ou não sobre a coisa, visando apenas à ocupação e à exploração da terra.

A posse, no âmbito civil, reduz-se à questão do direito patrimonial, e a posse indígena funda-se na ordem cultural em um sentido antropológico (STF, 2014). A posse dos indígenas sobre seus territórios se condiciona à sobrevivência de suas comunidades. Inferindo a posse indígena, como apta a proporcionar a interação com um o meio ambiente que gera o desenvolvimento equilibrado da vida humana.

A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela 'possessio ab origine' que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material de homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. Por isso é que João Mendes Júnior lembrou que a relação do indígena com suas terras não era apenas um 'ius possessionis', mas também um 'ius possidendi', porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Podemos dizer que é uma posse como habitat no sentido visto antes. Essa idéia [sic] está consagrada na Constituição, quando considera as terras habitadas, segundo os usos, costumes e tradições dos índios. Daí a idéia essencial de permanência, explicitada pela norma constitucional. Quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso não significa um pressuposto do passado como ocupação efetiva, mas, especialmente, uma garantia para o futuro, no sentido de que essas terras inalienáveis e indisponíveis são destinadas, para sempre, ao seu habitat. Se se destinam (destinar significa apontar para o futuro) à posse permanente é porque um direito sobre elas preexiste à posse mesma, e é direito originário já mencionado. O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do art. 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico. (SILVA, 2005, p. 859).

2.3 Procedimento para demarcação de terras indígenas

O procedimento para a demarcação de terras indígenas é orientado pelo artigo 231, da CF/88, pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6001/73), pela Portaria/MJ nº 14/96 e pelo Decreto 1775/96.

A Constituição Federal, em seu artigo 231, prevê aos índios o direito à posse permanente e usufruto exclusivo das terras que ocupam, determinando ser de competência da União a demarcação e a proteção (ALMEIDA, 2013, p. 158).

O Estatuto do Índio reafirma a competência da entidade federativa União para demarcar as terras indígenas. A Portaria/MS nº 14/96 diz respeito às regras de elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras Indígenas a que se refere o §6º, do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. E o Decreto nº 1.775/96 dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências.

A demarcação de terras indígenas é orientado pelo procedimento administrativo de iniciativa da União visando a identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, regulado pelo Decreto 1.775 de 08 de janeiro de 1996, em obediência ao disposto no artigo 231 da Constituição Federal e artigo 67 do seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Demarcação administrativa das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios sendo de competência do órgão federal de assistência ao índio, a FUNAI, comportando as seguintes fases: identificação e delimitação; aprovação e publicação, impugnação, decisão e demarcação propriamente dita, homologação e registro. Fundamenta-se em estudo antropológico de identificação elaborado por grupo técnico especializado coordenado por antropólogo, formado com o fim de apurar a natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental das terras e pressupõe a participação do grupo indígena envolvido em todas as fases do procedimento. (GRABNER, 2009, p. 1).

As fases de demarcação são: identificação e delimitação; aprovação e publicação; impugnação, decisão e demarcação propriamente dita, homologação e registro (CAVALCANTE, 2016, p. 8). A identificação se dá quando se constata que um determinado território é imprescindível para os usos e costumes de uma determinada comunidade indígena;

consequentemente, precisa ser delimitada, isto é, definir os locais de interesse pela comunidade indígena envolvida.

A fases seguintes, como aprovação, publicação, impugnação, cumprem o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, assegurando aos litigantes em processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, os interessados diretamente envolvidos têm a oportunidade de participar do procedimento (ALMEIDA *et al.*, 2006), inclusive, com a possibilidade de influenciar sobre a limitação territorial a ser fixada pela Administração (ALMEIDA *et al.*, 2006, p. 11). Por fim, haverá a demarcação propriamente dita e o registro da terra indígena.

O Decreto nº 1.775/96 dispõe que as terras indígenas tratadas no artigo 17, I, da Lei nº 6001/1973, e as tratadas no artigo 231, da Constituição, serão demarcadas administrativamente por iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio (MAIA, 2015, p. 8).

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto. (BRASIL, 1996).

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios fundamenta-se em trabalhos desenvolvidos por antropólogos de qualificação reconhecida, elaborados em prazo fixado na portaria de nomeação, baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio – estudo antropológico de identificação.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação. (BRASIL, 1996).

O órgão federal de assistência ao índio designa grupo técnico especializado, constituído, preferencialmente, por servidores do próprio quadro funcional, com orientação antropológica visando a realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental necessários ao levantamento fundiário da delimitação.

O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases. O grupo técnico solicitará, quando pertinente, a colaboração de membros da

comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos complementares mencionados no parágrafo anterior.

Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio (FUNAI), caracterizando a terra indígena a ser demarcada. De acordo com a Portaria nº 14, de 09/01/96, o relatório deverá possuir dados gerais: informações sobre os grupos indígenas envolvidos, filiação cultural e linguística e as características da terra indígena a ser demarcada (MPPR, 2013).

Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, o resumo do texto no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descriptivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação, poderão os Estados e os Municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior. O prazo de até noventa dias após a publicação do relatório de demarcação , tem a função de contestar eventuais vícios existentes no procedimento de demarcação .

A partir da contestação, a FUNAI tem 60 diais para elaborar pareceres sobre as razões de todos os interessados e encaminhar o procedimento para o Ministério da Justiça. Terminado esse procedimento, haverá as declarações dos limites da terra indígena.

Cabe mencionar que é de competência do ministro da Justiça, em 30 dias, expedir portaria declarando os limites da área e determinando a sua demarcação física; ou prescrever diligências que julgar necessárias, as quais deverão ser cumpridas em 90 dias. Decidirá, ainda, desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no §1º, do artigo 231, da Constituição, e demais disposições pertinentes.

A FUNAI, após a declaração dos limites territoriais da área indígena, promove a sua demarcação física, e, ao Instituto Nacional de

Colonização e Reforma Agrária (INCRA), cabe proceder o reassentamento de eventuais ocupantes não índios.

Por fim, o procedimento de demarcação deve ser submetido ao Presidente da República, para homologação por decreto. A terra demarcada e homologada será registrada, em até 30 dias após a homologação, no Cartório de Imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União.

3 A DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA PANAMBI LAGOA RICA/MS

O território Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, consiste em uma área de, aproximadamente, 360 hectares, localizada na margem direita do Córrego Panambi, afluente do Rio Brilhante, sendo povoado pelas etnias Guarani Kaiowá. Seu povoamento ocorreu em razão do processo histórico de dispersão causado pelas políticas estatais de aldeamento e pela ocupação de fazendas em terras indígenas.

O espaço territorial Panambi Lagoa Rica se estruturou a partir da instalação dos Guarani Kaiowá nas margens de lagoas e nascentes próximas ao córrego Panambi. Na segunda metade da década de 1970, a porção norte da aldeia foi efetivamente ocupada, com um ambiente menos exuberante, raras nascentes e um solo menos fértil, deixando o povo confinado a uma área de 366 hectares, sem matas, matérias-primas ou animais de médio porte.

Ressalta-se que a área Panambi Lagoa Rica, denominada *GuyraKambi'y*, possui 12.196 hectares de extensão e foi identificada como terra indígena pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) em 2011.

O resumo do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da terra indígena concluiu que a área ocupada tradicionalmente pelos indígenas Guarani Kaiowá apresenta condições ambientais necessárias às atividades produtivas desenvolvidas pelas etnias. Destacou o aspecto do bem-estar e das necessidades de reprodução física e cultural deste povo, segundo seus usos, costumes e tradições, em conformidade com o artigo 231, da Constituição Federal vigente.

Nesse sentido, os estudos se fundamentaram nos elementos objetivos de natureza etno-histórica, antropológica, ambiental, documental, cartográfica e fundiária.

3.1 A anulação da demarcação da terra Indígena Panambi Lagoa Rica/MS

Em outubro de 2016, a demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica foi anulada por uma sentença judicial em Dourados. A decisão proferida pelo juiz federal Moisés Anderson Costa Rodrigues da Silva, da 1^a Vara Federal de Dourados (MS), declarou nulo o processo de demarcação da área delimitada em 2011.

O fundamento utilizado pelo magistrado para anular a demarcação foi a tese do marco temporal, a qual restringe o reconhecimento de terras indígenas apenas àquelas que eram ocupadas pelos índios na data da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988. A exceção ocorre nos casos em que a comunidade tenha sofrido esbulho e expulsão de seu território (INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS, 2016).

A sentença não apenas empregou tese do marco temporal, como recuperou uma interpretação restritiva da ideia de renitente esbulho, aplicada pelo ministro Teori Zavascki, em julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF). Esse julgamento anulou a homologação da terra indígena Limão Verde, do povo Terena, também em Mato Grosso do Sul, em março de 2015 (STF, 2017).

Segundo a interpretação restritiva do renitente dada pelo ministro Teori Zavascki, o esbulho é a exceção que não permite aplicar o marco de 5 de outubro de 1988. Sendo passível de aplicação apenas se os indígenas estivessem em conflito efetivo ou movendo uma ação judicial contra os fazendeiros na exata data de promulgação da CF/88. Infere-se que a decisão de Zavascki não é vinculante, e sua aplicação a outros casos poderá gerar mais conflitos no campo.

Nas palavras do ministro, o renitente esbulho consiste no real conflito possessório iniciado no passado e persistente até o marco demarcatório temporal da data da promulgação da Constituição de 1988, materializado por circunstâncias de fato ou por controvérsia possessória judicializada.

Observa-se que várias comunidades indígenas estão enfrentando decisões de primeira e segunda instância fundamentadas na tese do marco temporal, como exemplo da terra indígena Guyraroka que teve terra de ocupação anulada pelo Supremo Tribunal Federal.

Diante da natureza constitucional dos direitos dos índios, verifica-se o questionamento advindo de juristas, organizações indígenas e indigenistas, que encontrou no parecer jurídico de José Afonso da

Silva (BRASIL, 2016) uma resposta sintética perante a inquietação nas comunidades indígenas.

3.2 Uma análise da decisão que anulou a demarcação da terra indígena Panambi Lagoa Rica/MS: o marco temporal

A tese do marco temporal se desenvolveu em meio ao caso Raposa Serra do Sol, considerado um *leading case* em matéria de demarcação de terras indígenas, analisado pelo Supremo Tribunal Federal (FERNANDES, 2017, p. 95). Nesse caso, discutia-se a impugnação da Portaria nº 534/2005, do Ministério da Justiça, homologada pelo Presidente da República, em 15 de abril de 2005, que promovia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima.

A partir do voto do ministro Carlos Ayres Britto, o STF votou pelo reconhecimento da legalidade do processo administrativo da demarcação. O referido voto estabeleceu o conteúdo positivo do ato de demarcação de terras indígenas, fixando critérios de demarcação territorial naquele caso concreto. Sendo estes, o marco da tradicionalidade da ocupação, o marco temporal da ocupação, o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional (refere-se à utilidade prática da terra tradicionalmente ocupada, ressaltando o critério da ancestralidade) (STF, 2009).

Por último, foi ressaltado o critério do marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. Critério consistente na aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria indígena, com conteúdo extensivo, contudo, por questões didáticas, somente os marcos da tradicionalidade e o temporal são desenvolvidos neste capítulo.

O marco da tradicionalidade é estruturado pelos modos de ocupação da terra indígena. Deve existir um caráter de perdurabilidade de relação com a terra, em sentido anímico e psíquico da comunidade, utilizando-a para exercitar tradições, costumes e subsistência (PEGORARI, 2017, p. 248). A comunidade indígena necessita de dois elementos: um imaterial (espiritual, ancestral, psicológico) e outro material (da relação direta com a terra, como a pesca ou caça.).

A tradicionalidade da ocupação caracteriza a ocupação territorial indígena, sendo determinante para se constatar se, de fato, existe uma relação imprescindível para os usos e costumes daquela comunidade como o territorial tradicional.

O segundo critério, denominado marco temporal da ocupação, define que terras indígenas são somente aquelas nas quais houve efetiva ocupação indígena, na data da promulgação da Constituição Federal, no dia 05 de outubro de 1988 (STF, 2009). Critério que restringe o direito à terra indígena a uma interpretação aquém do trazido, gramaticalmente, no texto constitucional (CAVALCANTE, 2016, p. 14).

A Constituição de 1988 conceitua terras indígenas como as habitadas em caráter permanente pelos índios, não impondo uma data determinada para que eles a estivessem ocupando. A exigência de ocupação indígena na data da promulgação da Constituição, trazida pelo marco da tradicionalidade, ignora as recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de regressar (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 150), ainda que com a terra guardassem as condições necessárias – materiais e imateriais – para a configuração da ocupação tradicional (PEGORARI, 2017, p. 239).

A restrição do direito originário à terra por meio de um marco temporal gera arbitrariedade em relação ao direito consagrado na CF/88. Além de carregar o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e a questão do esbulho renitente:

Essa marca temporal é bastante criticada por ser portadora do vício intrínseco da anti-historicidade das relações humanas. Ao se fixar a data da promulgação da Constituição de 1988 de forma arbitrária embora com certo simbolismo, concede-se um caráter quase divino à Constituição. Desconsidera-se o valor do Estatuto do Índio, sua historicidade e sua carga de tradicionalidade positiva, e soberbamente diminui-se o passado indigenista brasileiro. Se interpretada de modo cabal a Constituição vira a algoz dos direitos dos povos indígenas, pois, impermeável a qualquer possibilidade de remissão das falhas históricas do indigenismo brasileiro e das injustiças perpetradas contra os índios. Deixa de ser possível analisar situações como aquelas em que comunidades indígenas foram removidas por convencimento das autoridades governamentais ou que fugiram da simples aproximação do homem branco ou de outros grupos indígenas, como acontece ainda hoje com muitos grupos autônomos. A própria Constituição democrática trouxe a muitos povos a consciência de seus direitos e a possibilidade da reivindicação de terras consideradas tradicionais, inclusive em razão do surgimento de organizações indígenas aptas e livres que puderam contestar os muitos casos de espoliação

de terras indígenas ao longo do século 20. (YAMADA; VILLARES, 2010, p. 151-152).

Considerando que o esbulho renitente são as recorrentes situações em que os indígenas foram expulsos de suas terras pelos não índios, e a elas foram impedidos de retornar.

3.3 Comprovação do esbulho indígena configurando o direito à terra Panambi Lagoa Rica/MS

A área de ocupação tradicional Panambi-Lagoa Rica passou a ser estudada pela FUNAI em 2005, e os estudos de identificação e delimitação da área de 12.196 hectares levaram mais de dez anos para serem publicados pelo órgão.

O relatório final que fundamentou a portaria do presidente da FUNAI, ao reconhecer a tradicionalidade da ocupação nessa área, reuniu vasta documentação histórica e trabalho em campo (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016). Documentos atestavam que as terras incluídas no município de Douradina até a década de 1940 eram ocupadas exclusivamente pelos Guarani Kaiowá, desde o século XIX (PEREIRA, 2004, p. 116). O esbulho é comprovado pela Colônia Agrícola Nacional de Dourados, que permitiu a invasão colonial da área de ocupação tradicional.

O histórico recuperado no relatório da Comissão Nacional da Verdade 2014 (BRASIL, 2014) reconheceu o processo de expulsão dos indígenas de suas terras como grave violação a direitos fundamentais. Segundo o relatório (documentos do SPI (1946-1947)), os Guarani Kaiowá da região entre Dourados e Rio Brilhante comunicavam-se reiteradamente com o SPI para pedir auxílio diante do avanço dos colonos, sem obter sucesso (BRASIL, 2016).

Na década de 1950, o decreto presidencial reconheceu aos índios apenas sete lotes da Colônia Agrícola (BRAND, 2004, p. 289). Com isso, as reclamações aos órgãos indigenistas continuaram sistematicamente pelas décadas seguintes, quando a invasão de suas terras por fazendeiros se consolidou. Entende-se que, diante dos acontecimentos, se caracterizou o esbulho renitente, devendo este ser reconhecido e aplicado ao caso dos Guarani Kaiowá, da terra Panambi Lagoa Rica, por ser mais favorável aos índios e se apresentar em consonância com os direitos constitucionais.

3.4 O contexto do direito à terra indígena na percepção dos direitos humanos

O presente trabalho teve como objetivo central a análise do direito à terra reconhecido pelo atual texto constitucional sob a perspectiva do caso concreto Panambi Lagoa Rica dos Guarani Kaiowá, em Mato Grosso Sul. Assim, demonstrou como a Constituição Federal de 1988 aborda a temática juntamente com as demais legislações infraconstitucionais pertinentes, como o Estatuto do Índio e o Decreto nº 1775/96.

Nesse sentido, também é necessário trabalhar, ainda que de modo breve (visto que a esfera internacional não é o objeto central desta pesquisa), como o direito à terra indígena é projetado na esfera dos direitos humanos. Ressaltando que o preâmbulo constitucional se compromete com os valores e ordem internacional que se estende ao artigo 4º, II, da CF/88, que prevê o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações em que a República Federativa do Brasil seja parte (PIOVESAN, 2015, p. 77).

E, para tanto, foi escolhida a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2009), pois reflete o consenso internacional cada vez mais avançado sobre direitos indígenas, consagrando o início da nova era de direitos humanos nesta temática. Especificamente, o artigo que será tratado neste item é o 26, da Declaração, pois expressa o direito à terra aos indígenas.

O artigo 26 trata do direito dos indígenas acerca de suas terras, aquelas que ocupam tradicionalmente. A terra proporciona os exercícios dos usos e costumes tradicionais, como seus rituais étnicos e o modo de vida, possibilitando a sobrevivência da comunidade de modo mais próximo a sua cultura (GALVIS; RAMÍREZ, 2016). A relação com a terra para os povos indígenas não é meramente uma questão de posse, mas uma necessidade material e cultural, para que seu legado cultural seja transmitido a gerações futuras (PEGORARI, 2017, p. 256).

A Declaração da ONU sobre os direitos dos povos indígenas, no que se refere ao direito às terras tradicionais, demonstra a estreita relação dos povos indígenas com o meio ambiente e que as terras ancestrais dos povos indígenas constituem o fundamento de suas existências coletivas, suas culturas e espiritualidade, a exemplo do que já se reconhece em instrumentos normativos domésticos, como a Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, de acordo com a teoria do indigenato, reconheceu o direito às terras tradicionais ocupadas pelas comunidades indígenas. Sendo atestado pelo artigo 231, §1º, da CF/88. No texto constitucional, não se estabelece nenhum requisito temporal para que determinada terra seja reconhecida como originária, como firma a tese do marco temporal, que vem sendo aplicada nos casos de anulação de demarcações de terras indígenas, a exemplo do caso da terra Panambi Lagoa Rica.

Os fatos históricos comprovam que houve uma dispersão territorial indígena forçada por meio de atos estatais que visavam à liberação de terras para expansão agrícola no estado de Mato Grosso do Sul. Dispersão iniciada em 1880, com a instalação da Companheira Laranjeira na região, depois, pela atuação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), entre 1915 e 1928, estruturando as reservas indígenas.

As etnias Guarani Kaiowá que povoam o território Panambi Lagoa Rica têm a terra como um pressuposto fundamental para exercerem sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. E, quando este direito é suprimido, a identidade indígena é desrespeitada, uma vez que o indigenato instituído nos tempos coloniais já garantia o direito aos indígenas sobre a terra que ocupavam.

A tese do marco temporal exige que os indígenas estivessem ocupando a terra reclamada na data da promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988. Ora, como fazer essa exigência, se, desde os tempos coloniais, no caso específico de Mato Grosso do Sul, da terra Panambi Lagoa Rica, o próprio estado promovia a forçada retirada das comunidades indígenas de suas terras?

A referida tese foi estruturada no caso Raposa Serra do Sol e passou a influenciar os demais casos de demarcação de terras indígenas. Contudo, se mostra contrária ao texto constitucional, pois este não faz nenhuma exigência de cunho temporal para uma terra ser considerada originária ou não. Visto que isso seria ignorar os frequentes esbulhos que os indígenas vivenciaram.

Em sentido contrário à tese do marco temporal, a tese do esbulho renitente se mostra mais favorável à efetivação do direito à terra previsto na CF/88 e, principalmente, considera o passado histórico de expulsões territoriais protagonizadas pelos indígenas.

O território Panambi Lagoa Rica foi reconhecido como um local de ocupação tradicional, por meio da Portaria nº 524, de 12 de dezembro de 2011, da Funai. Portaria fundada em um relatório técnico e histórico, cumprindo todos os requisitos estabelecidos no Decreto nº 177/96, que regulamenta o procedimento administrativo acerca da demarcação de terras indígenas.

A anulação pela via judicial da área indígena Panambi Lagoa Rica, em Mato Grosso do Sul, diante de todo procedimento legal cumprido, relembra as ações pretéritas que destituíram territórios que pertenciam aos indígenas. Demonstra, ainda, uma resistência em acolher dados históricos e documentais recolhidos pelo relatório da FUNAI, favoráveis à demarcação da terra como indígena.

Cabe ressaltar que essa anulação contribui para não efetividade de direitos previsto na Constituição e desrespeita os direitos humanos dos indígenas, que têm o direito à terra resguardado pela Declaração sobre o Direito dos Povos Indígenas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, n. 12, jul./dez. 1990.

ALMEIDA, Alisson Da Cunha et al. Demarcação de terras indígenas. **Revista da AGU**, v. 5, n. 11, 2006.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALVARÁ de 1 de abril de 1680. Transfontes, 2010. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com/2010/02/alvara-de-de-1-de-abril-de-1680.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBIERI, Sâmia Roges. Jordy. **Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2008.

BRAND, Antônio. Os complexos caminhos da luta pela terra entre os Kaiowa e Guarani no MS. **Revista Tellusano**, Campo Grande, v. 4, n. 6, 2004.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. MPF. **Atuação temática**, 2016. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/CCR6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf. Acesso em: 01 mai. 2017.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**: textos temáticos. Brasília, DF: CNV, 2014. 416 p. (Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2).

BRASIL. FUNAI. **Portaria/FUNAI nº 14, de 09 de janeiro de 1996**. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/dpt/pdf/portaria14funai.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Os Guarani e Kaiowá na fronteira entre o Brasil e o Paraguai: etnicidades e nacionalidades, implicações quanto ao acesso a direitos. **XIV Jornadas Internacionales sobre las Misiones Jesuíticas**, 2012, San Ignacio de Velasco, Universidad Católica Boliviana, Chiquitos, 2012.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Os Direitos do Índio**: Ensaios e Documentos. São Paulo: Brasiliense, 1998.

CHAMORRO, Graciela. **Povos indígenas guarani falantes no atual Estado de Mato Grosso do Sul (Séculos XVI-XXI)**, pp. 209-210. Disponível em: http://files.ufgd.edu.br/arquivos/arquivos/78/EDITORACatalogo/povos_indigenas_em_mato_grosso_do_sul.pdf. Acesso em: 10 mai. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos humanos e os índios no Brasil. In: AMARAL JÚNIOR Alberto do; PERRONE, Cláudia (orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Biblioteca Edusp de Direito, 2003.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS POVOS INDÍGENAS: perguntas e respostas. 2.ed. Rio de Janeiro: UNIC, Brasília, DF: UNESCO, 2009. 80 p.

FERNANDES, Elaine. **Direito a terra indígena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. Hermenêutica Constitucional da Posse Indígena. **Revista da AGU**, v. 15, 2008.

GALVIS, Maria Clara; RAMÍREZ, Angela (orgs.). **Manual para defender os direitos dos povos indígenas**. Washington, D.C.: Due Process of Law Fundation, 2016.

GONÇALVES, Wagner. Terras de Ocupação Tradicional: Aspectos Práticos da Perícia Antropológica. In: SILVA, O. S.; LUZ, L.; VIEIRA, C. M. (orgs.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 1994.

GUARANY, Vilmar Martins Moura. **Povos Indígenas e a garantia do direito à terra no Brasil: período colonial à Constituição Federal de 1988**. Coletânea de Direitos Humanos dos Povos Indígenas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

GRABNER, Maria Luiza. Terra indígena: demarcação de terra indígena. In: ESCOLA MPU. **Dicionário de direitos Humanos – DDH**. Dicionário tipo enciclopédico, 2009. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Terra+ind%C3%ADgena%3A+demarca%C3%A7%C3%A3o+de+terra+ind%C3%ADgena>. Acesso em: 01 jun. 2020.

HOBSBAWM, Eric. Introdução: A Invenção das Tradições. In: HOBSBAWM, Eric; RANGER, T Terence (orgs.). **A invenção das tradições**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

LEI de 30 de julho de 1609. **Transfontes**, 2009a. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com/2009/12/lei-de-30-de-julho-de-1609.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LEI de 10 de setembro de 1611. Transfontes, 2009b. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com/2009/12/lei-de-10-de-setembro-de-1611.html>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LEITE, Vera Lucia Marques; ROMERO, Ellen Cristina Oenning. Terras Indígenas: usufruto e proteção do meio ambiente. **Tellus** (UCDB), v. 18, 2010.

LIMA, Ednilson Victorelli. **Estatuto do Índio**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos índios. In: OLIVEIRA, João Pacheco; MURA, Fábio; SILVA, Alexandre Barbosa da. (org.). **Laudos antropológicos em perspectiva**. 1. ed. Brasília, DF: Aba Publicações, 2015.

MOREIRA, Lásaro Silva. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. **Revista Jurídica Unigran**, v. 6, n. 11, p. 139-152, 2004.

MPPR. Ministério Público do Paraná. Direitos Humanos. **Sobre a demarcação de terras indígenas no território brasileiro e a capacidade civil dos indígenas**. 2013. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=255>. Acesso em: 12 ago. 2018.

PEGORARI, Bruno. A tese do marco temporal da ocupação como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Aracê - Direitos Humanos em Revista**, v. 4, p. 246-262, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Alcida Rita. **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: UFMG. Editora, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**. 2. ed. Petrópolis: Vozes Ltda., 1997.

SILVEIRA, Flávia Lanat. **Tradições e Propriedade da Terra em Processos de Demarcação de Terras Indígenas**. Monografia para título de bacharel em Direito. 2015. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/25152/25152.PDF>. Acesso em: 09 fev. 2017.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Artigo 231. s.d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202051>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 631631 SC. Relatora Min. Cármén Lúcia, Data de Julgamento: 23 jan. 2014, Data de Publicação: **DJe-025**, 06 fev. 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24863197/recurso-extraordinario-re-631631-sc-stf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1048463. Relatora: Min. Cármén Lúcia, Data de Julgamento: 22 jun. 2017, Data de Publicação: **DJe-141**, 28 jun. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000303890&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PET. 3.388**. Voto Min. Relator Carlos Ayres Brito. Data de Julgamento: 24 set. 2009.

UM ANO após ataques, juiz anula demarcação de terra dos Guarani Kaiowá (MS). **Instituto Humanitas Unisinos**, 2016. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/560862-um-ano-apos-ataques-juiz-anula-demarcacao-de-terra-dos-guarani-kaiowa-ms>. Acesso em: 04 jun. 2020.

UM ANO após ataques, juiz anula demarcação de terra dos Guarani Kaiowá (MS). **Instituto Socioambiental**, 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/um-ano-aos-ataques-juiz-anula-demarcacao-de-terra-dos-guarani-kaiowa-ms>. Acesso em: 10 set. 2018.

PROPOSTAS LEGISLATIVAS DA SOCIEDADE CIVIL CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL

*CIVIL SOCIETY LEGISLATIVE PROPOSALS
AGAINST MASS INCARCERATION: AN ANALYSIS
BASED ON CRIMINAL POLICY*

Carolina Costa Ferreira*

Maria Clara de Carvalho Honório Costa**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Propostas de alteração legislativa: as 16 medidas contra o encarceramento em massa. 1.1 Proposta nº 3: as alterações nos crimes de furto e roubo. 1.2 Proposta nº 4: as alterações na lei de drogas. 1.3 Proposta nº 14: as alterações dos critérios para a decretação da prisão preventiva. 2 Análise da política criminal em matéria legislativa. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar propostas legislativas no âmbito material e processual penal apresentadas por representantes da sociedade civil que buscam reduzir o encarceramento em massa no Brasil. Das 16 propostas apresentadas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), foram analisadas, neste trabalho, as propostas relativas à prisão preventiva e aos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, por serem os marcadores de maior incidência na população prisional brasileira. A análise das propostas seguirá o método da legística material, sob o ponto de vista de uma política criminal que defende a redução do encarceramento em massa no Brasil. Dado o atual cenário do sistema carcerário, é importante e urgente a análise das iniciativas apresentadas, bem como a necessidade de redirecionamento e readequação da política criminal em matéria legislativa à luz da Constituição Federal.

Palavras-chave: propostas legislativas. encarceramento em massa. política criminal. crimes patrimoniais. política de drogas.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyze legislative proposals in material and criminal procedural framework presented by representatives of civil society that seek to reduce mass incarceration in Brazil. Based on 16 proposals presented by the Brazilian Institute of Criminal Sciences (IBCCrim), the proposals analyzed pretrial detention of felony theft and drug trafficking, since they are the most important markers in the Brazilian prison population. The method is qualitative, from the point of view of a criminal policy that advocates the reduction of*

* Doutora em Direito, Estado e Constituição (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professora de Direito Penal e Processual Penal (UniCEUB).

** Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogada criminalista.

Artigo recebido em 22/06/2019 e aceito em 28/10/2019.

Como citar: FERREIRA, Carolina Costa. COSTA, Maria Clara de Carvalho Honório. Propostas da sociedade civil contra o encarceramento em massa: uma análise político-criminal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 405-439. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

mass incarceration. The Brazilian prison system is completely failed, so it is important and urgent to analyze the initiatives presented, as well as the need for redirection and readjustment of the criminal policy in the legislative area based on Federal Constitution.

Keywords: *legislative proposals. mass incarceration. criminal policy. felony theft. drug policy.*

INTRODUÇÃO

O último levantamento realizado pelo *Institute for Criminal Policy Research* (2018) promoveu o Brasil ao terceiro lugar no ranking mundial da população prisional, registrando um déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2016). Dentre os inúmeros problemas crônicos vividos no país, o sistema carcerário é, inegavelmente, uma das maiores fontes de violações a direitos humanos, tendo em vista as condições subumanas a que as pessoas presas são submetidas nos estabelecimentos prisionais. Não resta dúvida de que o excesso no uso da prisão, provisória ou definitiva, decorrente da cultura punitiva arraigada nas instituições políticas, levou ao colapso do sistema prisional tal como vemos hoje.

O objetivo do presente trabalho é refletir sobre as possibilidades de enfrentamento à situação de superlotação carcerária, resultado desta punitividade. Assim, analisar-se-á uma iniciativa de organizações da sociedade civil, lideradas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), denominada “Dezesseis medidas contra o encarceramento em massa” (IBCCRIM, 2017a), cujo objetivo é propor alterações legislativas que contribuam para a redução da superpopulação carcerária. A premissa que envolveu a organização das 16 medidas contra o encarceramento em massa é o uso imoderado da prisão – premissa essa fundada nas estatísticas prisionais oficiais, que indicam que 40% da população carcerária está presa provisoriamente (BRASIL, 2017, p.13); logo, a discussão no sentido da mudança de estratégias passa, necessariamente, por uma política de desencarceramento.

O último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), a partir de dados coletados entre dezembro de 2015 e junho de 2016, traz um quantitativo alarmante, o que explica muito sobre o atual cenário do sistema penitenciário brasileiro. O relatório promove o Brasil para o terceiro lugar no ranking mundial da população prisional, atrás apenas dos Estados Unidos e da China, ultrapassando a Rússia (BRASIL, 2017).

A conjectura do sistema prisional brasileiro apresenta um cenário caótico representativo das piores barbáries a que um ser humano pode

ser submetido. É fato notório que a superlotação é a causa precípua dos diversos problemas enfrentados no sistema. O amontoamento dos presos agrava a situação de insalubridade das celas, dissemina doenças, ocasiona mortes e rebeliões completamente fora do controle dos agentes estatais (BRASIL, 2009a).

Em junho de 2016 a população carcerária brasileira registrava 726.712 pessoas encarceradas nas 1.422 unidades prisionais, que participaram do levantamento, sendo que, no mesmo período, 368.049 era o número de vagas disponíveis no sistema, resultando em um déficit de 358.663 vagas (BRASIL, 2016).

Com efeito, o levantamento da relação de presos de acordo com a natureza da prisão é o que causa o maior sobressalto, diante da constatação de que cerca de 40% das pessoas inseridas no sistema prisional do país sequer foram julgadas e condenadas isto é, quase a metade do total do número de pessoas presas no Brasil é formada por presos provisórios (BRASIL, 2016). E mais, a partir dos dados apresentados, é possível concluir que em alguns estados (Pernambuco, Bahia, Amazonas, Mato Grosso, Maranhão, Sergipe e Piauí) o número de presos sem condenação ultrapassa o número de presos condenados (BRASIL, 2016).

Outra constatação relevante é que o número de presos provisórios ultrapassa o número de presos condenados ao cumprimento de pena em regime fechado que soma 38% (BRASIL, 2016). Segundo o relatório de pesquisa publicado pelo IPEA em 2015, 37% dos réus, que permaneceram presos provisoriamente durante a instrução processual, cumprem pena em regime diverso do fechado, após a condenação (BRASIL, 2015a). Daí constata-se que “*o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça no país*” (BRASIL, 2015a, p. 38).

Em relação ao número de presos de acordo com o tipo penal, tem-se que 37% incorreram nos tipos de furto e roubo, ao passo que 28% incorreram no crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2016). A partir daí, conclui-se que esses três tipos penais são os responsáveis por mais da metade da população prisional brasileira.

Para a análise de todo o cenário e das alterações legislativas que possam contribuir com a redução da população carcerária, a Legística pode ser uma importante aliada. Esta pode ser compreendida como o “ramo da Ciência da Legislação que estuda os métodos e as técnicas que se destinam

a assegurar a qualidade formal e substancial dos actos legislativos” (BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 209). A Legística se divide em quatro áreas de atuação: o estudo do sistema dos atos normativos (verificação de contradições, respeito aos princípios, discussão de alterações legislativas); a Legística formal, que consiste nos métodos de redação legislativa (textos constitucionais, projetos de lei, decretos e outros atos normativos); a Legística material, que consiste no conteúdo e nos sentidos indicados para os atos normativos; e, finalmente, a avaliação de impacto legislativo, que pode ser *ex ante* (anterior, no curso da discussão da proposta legislativa) ou *ex post* (posterior, com a discussão dos efeitos da inserção da nova lei ou da alteração da lei já existente no âmbito de um sistema normativo) (BLANCO DE MORAIS, 2007).

Para as propostas acima mencionadas, o trabalho abordará a legística material – a análise da configuração destas novas propostas com o objetivo de “tornar melhor a legislação” (SOARES, 2007).

Dada a limitação do modelo de estudo, o presente artigo se debruça sobre as três medidas consideradas de maior impacto, tendo em vista o perfil da população prisional brasileira, delineando os pontos que cada alteração seria capaz de proporcionar a descarcerização. Por fim, o artigo discute o redirecionamento da produção legislativa em matéria criminal no Brasil, a partir das contribuições da Legística, especialmente a Legística Material, contando com as contribuições teóricas e empíricas, em pesquisas já desenvolvidas sobre o tema.

1 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: AS 16 MEDIDAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA

No dia 12 de abril de 2017, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Pastoral Carcerária Nacional, a Associação Juízes para a Democracia (AJD) e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília (CEDD/UnB)¹ apresentaram

¹ Assinam também o caderno de propostas legislativas as seguintes organizações: Associação Nacional de Defensores e Defensoras Públicos (ANADEP), Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP), Associação de Prevenção à Tortura (APT), Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude (ASBRAD), Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, Conectas Direitos Humanos, Conselho da Comunidade da Comarca de São Paulo, Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais (CPECC – USP), Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Núcleo Especializado de Situação Carcerária (DPESP), Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos, Educafro, Fundação Rosa Luxemburgo, Gabinete de Assessoria Jurídica Popular

à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados e à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado Federal um caderno com 16 propostas legislativas que visam à redução do encarceramento no Brasil (IBCCRIM, 2017a).

A iniciativa tem como pressuposto o combate à cultura do encarceramento, que, inegavelmente, levou o sistema penitenciário a ser uma das origens de um estado de violação massiva de direitos humanos. Tudo porque a resposta penal extrema, que, teoricamente, deveria funcionar como *ultima ratio*, na prática, é utilizada com *prima ratio* na solução dos conflitos sociais (ANDRADE, 2014).

Diante do atual cenário, não há mais como se falar em “crise do sistema carcerário”, considerando conceitualmente crise como sendo uma conjuntura desfavorável de caráter relativamente transitório. Isso porque, dentro dos últimos 40 anos, quatro Comissões Parlamentares de Inquérito já investigaram o sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2017a) e as conclusões convergem no sentido de que, “o problema da superlotação carcerária brasileira não será resolvido enquanto prevalecer a política do encarceramento” (BRASIL, 2017b, p. 161).

Não há como ignorar a urgência de reestruturação, ou melhor, de (re)adequação, da legislação penal, sobretudo em matéria processual, ao ordenamento constitucional, de modo que haja um efetivo impacto, tanto na redução imediata, quanto na mediata, da superpopulação carcerária

(GAJOP – PE), Instituto Geledés, Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Justiça Global, Instituto Pró-Bono, Uneafro, Centro de Estudos em Direitos Humanos (UNIFESP), Instituto de Defensores de Direitos Humanos, Objetivando Direito, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESEC), Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ), Instituto Sou da Paz, Promotoras Legais Populares, Rede de Justiça Criminal, União de Mulheres do Município de São Paulo, Cultive, Defensoria Pública do Estado de Rondônia, Fórum Justiça, GDUCC, Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC), Grupo de Estudo Violência e Cidadania (IFCH – UFRGS), Laboratório de Estudos sobre Crime e Sociedade (LASSOS), Laboratório de Estudos sobre a Violência, Grupo de Estudos em Conflitos e Segurança Social, Núcleo de Antropologia do Direito (NADIR-USP), Na Margem Núcleo de Pesquisas Urbanas, Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana (NECVU - UFRJ), NEDDIP (UFRGS), NEPS (UFPE), Ouvidoria da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Peace Studies (University of Bradford), Grupo de Pesquisa sobre Cidadania, Violência e Administração da Justiça (CIVA – UNIFESP), Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP – UFMG), Departamento de Segurança Pública (DSP – UFF), Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Grupo de Pesquisa em Segurança, Violência e Justiça (GEVAC/UFSCar), Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT/INEAC), Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança (NEVIS/UnB), NUFEP (UFF), San Fran Jr. (USP), Defensoria Pública do Estado da Bahia, Mães de Maio e Ouvidoria Cidadã da Defensoria Pública da Bahia (IBCCRIM, 2017).

no Brasil. Este é o pressuposto para o início da análise das medidas apresentadas, em formato de projeto de lei que alteram o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Drogas.

Dentre as medidas, há propostas de inserção de estudos de impacto financeiro e orçamentário para a análise legislativa de qualquer projeto de lei que crie novos crimes ou altere as penas de crimes já existentes; propostas de alteração nos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas; criação do juízo de garantias; mudanças na aplicação de pena a crimes hediondos; regras mais claras para mandados de busca e apreensão, prisões provisórias e oitivas realizadas em delegacias; garantias contra a exposição midiática; produção de provas na fase processual; extinção da condução coercitiva, instituição de Ouvidorias Externas no Sistema de Justiça (IBCCRIM, 2017a).

A análise, no presente texto, centrar-se-á nas medidas propostas pelo IBCCRIM, em conjunto com as dezenas de organizações da sociedade civil já mencionadas, que afetam as questões mais centrais da política criminal e penitenciária brasileiras: os crimes patrimoniais, o tráfico de drogas e a prisão provisória.

1.1 As alterações nos crimes de furto e roubo

A primeira proposta objeto de análise, no presente artigo, refere-se à medida número 3:

Art. 155 – (...)

Pena – detenção, de 6 meses a dois anos e multa.

§ 1º - (...)

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz aplicará somente a pena de multa. Se houver reparação do dano ou devolução da coisa subtraída pelo agente, até a sentença de primeiro grau, a punibilidade será extinta. (NR)

§ 3º - (...)

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de um a cinco anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com invasão de domicílio;

II - com abuso de confiança;

III - mediante fraude, escalada ou destreza;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§ 5º (...)

§ 6º (...)

§ 7º - Em todas as hipóteses previstas no artigo, somente se procede mediante representação. (NR)"

"Art. 157 – (...)

(...)

Roubo privilegiado

§ 4º Se o crime for praticado sem violência real e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, ou se o bem for de pequeno valor, o juiz reduzirá a pena de um sexto a um terço.

§ 5º Para fins deste artigo, arma é instrumento que tenha efetividade para lesionar efetivamente a integridade física da vítima. (NR)

Tendo em vista o quantitativo de pessoas privadas de liberdade condenadas ou presas provisoriamente pela prática de crimes contra o patrimônio², a proposta apresenta três pontos principais de reforma que podem ser considerados pelo Legislativo: (i) a desproporcionalidade da imputação da pena do crime de furto; (ii) a necessidade de participação da vítima na relação processual; (iii) a necessidade de flexibilização da cominação da pena do crime de roubo.

Primeiramente, busca-se diminuir a desproporcionalidade da imputação das penas do crime de furto simples e da sua forma qualificada, cuja pena mínima, hoje, é de dois anos e a máxima pode chegar a dez anos de reclusão, após a entrada em vigor da Lei nº 13.654/18 em abril desse ano, haja vista tratar-se de crime de menor gravidade dentro do rol dos crimes que mais encarceram. Esse recrudescimento impede a aplicação de institutos como a suspensão condicional do processo, cujo efeito despenalizador só faz sentido quando aplicado a delitos sem violência ou grave ameaça, como é o caso do crime de furto, considerando, ainda que o critério objetivo de aplicação do instituto é a cominação abstrata mínima igual ou inferior a um ano. Sendo assim, o redimensionamento das penas cominadas ao crime de furto visa, primordialmente, evitar a aplicação da pena corporal ao acusado, incentivando o uso de mecanismos de composição e privilegiando a aplicação de penas alternativas.

O outro ponto visa mudar a regra da ação penal do crime de furto, para incluir a representação da vítima como condição de procedibilidade

² Segundo os dados do Infopen, o crime de roubo representa 26% das incidências, enquanto o crime de furto representa 12% das incidências entre as pessoas privadas de liberdade, totalizando 278.809 pessoas presas por crimes contra o patrimônio (BRASIL, 2017, p. 41).

da ação penal. Parte-se do pressuposto de que os bens jurídicos protegidos pela criminalização da conduta de furtar são a posse, a propriedade e, até mesmo, a detenção da coisa móvel (BITENCOURT, 2012). Para Renan Cajazeiras Monteiro (2005), o redirecionamento da titularidade da ação penal do crime de furto pressupõe que o patrimônio está na esfera de disponibilidade do proprietário lesado, sujeito passivo do crime e maior interessado em sua preservação, podendo, por questões pessoais, desinteressar-se dele. Tendo isso em vista, entende-se que a manutenção da ação penal pública incondicionada para o crime de furto impede que a vítima, maior interessada na tutela de seus bens, participe da relação processual, cujo interesse, muitas vezes, não é a persecução penal do ofensor de seu patrimônio, mas a simples devolução da coisa, ou reparação de possível dano pela perda da *res furtiva*.

Além disso, merece destaque a proposta de alteração do dispositivo relativo ao furto privilegiado, que inclui a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, sob a condição de restituição da coisa furtada ou a reparação do dano à vítima até a sentença de primeiro grau. A ideia foi importar a possibilidade já prevista para os crimes contra a ordem tributária, em que se extingue a punibilidade do agente com o adimplemento do débito tributário³. Aqui, a proposta cria uma alternativa ao acusado, afastando a possibilidade de punição do Estado no caso de haver a cessação da violação ao bem tutelado pelo tipo penal, por meio da arrecadação tardia, qual seja, o patrimônio público.

Do ponto de vista estritamente jurídico, parece sensata a repetição desta mesma opção político-criminal ao crime de furto, tendo em vista, sobretudo, tratar-se de crime que tutela bem material integralmente inserido na esfera de disponibilidade da vítima. Porém, nota-se muita resistência, advinda do senso comum e até mesmo da própria justiça criminal, sob o fundamento de que tal medida aplicada ao furto não seria compatível com o que se espera da resposta estatal aos “delitos de rua” - e, nesse caso, a resposta das políticas de segurança pública deveria ser mais intensa -, sendo muito razoável que ao empresário, acusado de sonegar impostos, seja dada a oportunidade de ter sua punibilidade extinta, com o pagamento do débito tributário, e que o “batedor de carteiras” seja diretamente submetido ao crivo do sistema penal.

³ Posicionamento definido na Súmula Vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo” (BRASIL, 2009).

É perceptível, assim, o tratamento diferenciado, tanto para a criminalização primária, quanto para a criminalização secundária, entre os crimes patrimoniais e os crimes da chamada “cifra dourada da criminalidade” (VERSELE, 1980). A primeira entendida como o ato e o efeito criação da lei penal material, isto é, o mecanismo de criação da norma, e a segunda entendida como a atuação repressiva do agente estatal, atuando como mecanismo de aplicação da norma (BARATTA, 1999). Pesquisas empíricas já indicaram que as penas aplicáveis a crimes patrimoniais são mais intensas do que a crimes contra a administração Pública (FERREIRA, 2010; SPONCHIADO, 2015; KOBIELSKI, 2018). A Criminologia Crítica, por sua vez, também demonstra a tendência do sistema de justiça criminal em “imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos da classe dominante” (BARATTA, 1999, p. 165). Por meio da análise do perfil da população carcerária, cruzando os dados dos tipos penais mais recorrentes entre pessoas presas e o seu perfil socioeconômico, percebe-se claramente uma política de encarceramento direcionada às pessoas negras, jovens, sem instrução e pobres.

Já a alteração proposta para o crime de roubo, por meio da criação da modalidade privilegiada do tipo, proporcionaria maior flexibilidade ao magistrado, já que possibilita a aferição do grau de violência empregado nas circunstâncias do crime no momento da dosimetria da pena. Além disso, considerando que atualmente não há previsão de causas especiais de diminuição de pena para o crime de roubo, a introdução da referida minorante traria um equilíbrio necessário à cominação da pena, sobretudo, naqueles casos em que não há o emprego de violência real, em que o bem não ostenta valor significativo ou em casos em que o bem também foi restituído, mas as decisões judiciais primam em coibir “o emprego da violência” (FERREIRA, 2010). Além disso, nas hipóteses de aplicação da minorante, o apenado poderia progredir de regime de cumprimento de pena mais rapidamente, o que pode gerar um impacto interessante na população carcerária, já que os crimes de roubo simples representam 18,73 % da população carcerária presa por crimes patrimoniais (52.236 pessoas presas) (BRASIL, 2017, p. 41).

Aliado a isso, a proposta sugere a inserção do conceito de arma da forma como já se definiu legalmente como sendo “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas” (BRASIL, 2000). Não obstante, buscou-se ainda a positivação do entendimento

jurisprudencial acerca da necessidade de aferição da potencialidade lesiva da arma utilizada, para que se possa considerá-la como um elemento que exorbita o grau de culpabilidade comum à espécie. À vista disso, a pretensão é possibilitar a aplicação da minorante anteriormente proposta, nos casos em que o instrumento utilizado na ação delituosa não apresenta efetivo potencial para lesar a integridade física da vítima.

Cumpre ressaltar que a mencionada Lei nº 13.654/2018, que alterou o Código Penal em abril daquele ano, operou significativas mudanças nos crimes de furto e roubo. Ainda que as alterações legislativas analisadas no presente trabalho tenham sido propostas antes da entrada em vigor da referida lei, muito interessa o destaque de alguns pontos tangenciados pela lei, tendo em vista a perspectiva do desencarceramento. Com isso, salienta-se que, ao mesmo tempo que a referida alteração tenha recrudescido a imputação das penas nas hipóteses de circunstâncias qualificadoras e majorantes dos crimes, relativamente ao crime de roubo, promoveu o afastamento da possibilidade de majoração da pena pelo uso de arma branca, considerando, para fins de agravamento da pena, apenas o uso de arma de fogo⁴.

Sendo assim, o diagnóstico da viabilidade dessa proposta legislativa revela a necessidade de readequação e de ponderação da política criminal aplicada aos chamados “crimes de rua”, redimensionando-a do Expansionismo para o Minimalismo, como forma de atenuar a função deletéria disseminadora de desigualdades desempenhada pelo sistema penal. Para isso, o aporte da Legística Material pode colaborar para a adequação dos tipos penais de furto e roubo, usando, para tanto, as contribuições da Criminologia Crítica, da Política Criminal, de pesquisas empíricas sobre o tema e um desenvolvimento crítico sobre o bem jurídico

⁴ A norma promoveu a *abolitio criminis* da majorante do roubo pelo uso de arma branca, por se tratar de uma *novatio legis in mellius*. Nesse ponto, cita-se a relevante explicação exarada no voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no julgamento do AREsp nº 1.249.427/SP: Observe-se, inicialmente, a inocorrência de *abolitio criminis* em relação ao emprego de arma de fogo, cujo *locus* foi alterado, retirando-se a circunstância do § 2º, que preconiza o aumento de pena de 1/3 até a metade, para transplantá-la ao novel § 2º-A, o qual, por sua vez, estipula o recrudescimento em 2/3. O mesmo, contudo, não se pode dizer em relação ao emprego de arma branca, classificação que abrange o uso de faca, armamento presente no caso *sub examine*. A meu ver, ao detalhar a redação da nova majorante, a *mens legislatores* consistiu nitidamente em extirpar da figura do roubo o aumento pela utilização de artefato diverso de arma de fogo. Via de consequência, o emprego de recurso distinto resta agora absorvido pelo arquétipo standard do roubo simples, sem prejuízo de eventual majoração da pena-base quando as circunstâncias do caso concreto a determinarem. Nessa linha de intelecção, há, em verdade, de se reconhecer a ocorrência da *novatio legis in mellius*, ou seja, nova lei mais benéfica, sendo, pois, de rigor que retroaja para alcançar os roubos cometidos com emprego de arma branca, beneficiando o réu (art. 5º, XL, da CF/88), tal como pretende a ilustre defesa (BRASIL, 2018b).

tutelado nesses casos, e em como o Direito Penal pode – ou não – contribuir para sua devida proteção.

1.2 Alterações na lei de drogas

As sugestões relacionadas à Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006 – são a quarta proposta sugerida pelas organizações da sociedade civil, e sua íntegra segue:

Art. 33. Importar; exportar; remeter; preparar; produzir; fabricar; adquirir; vender; expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, com finalidade comercial, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 3º (Revogado)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas privativas de liberdade serão obrigatoriamente substituídas por restritivas de direitos ou multa quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações e visar os frequentadores de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou benficiantes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

(...)

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são insuscetíveis de graça e anistia, quando cometidos com objetivo de lucro.

Parágrafo único. É permitida a concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes referidos no caput deste artigo, nos termos de decreto presidencial.

O primeiro ponto de destaque da proposta de alteração da Lei nº 11.343/2006, no que tange ao delito de tráfico de drogas, é o reforço da necessidade de comprovação, por parte da acusação, da finalidade comercial inserida nas circunstâncias do delito. Embora, sob o ponto de vista da Legística Formal, pareça desnecessário, busca-se, no campo da Legística Material, inserir uma distinção axiomática entre as condutas caracterizadoras da comercialização e do consumo de drogas, a fim de se discutir com mais profundidade a chamada “guerra às drogas”, vivida pelo país desde os anos 1970 (VALOIS, 2017).

É visível a desfuncionalidade da política criminal de combate às drogas no Brasil, tendo em conta, sobretudo, a resistência à necessária distinção entre usuários e traficantes pelas agências estatais (VALOIS, 2017; CARVALHO, 2016). Muito se atribui às semelhanças dos núcleos verbais contidos nos artigos 28 e 33 da lei, bem como à discricionariedade conferida ao magistrado para realizar tal diferenciação na prática. Como as Criminologias Críticas explicam, a política criminal de drogas se orienta pela seletividade na atuação do sistema de justiça criminal, orientada por questões de gênero, raça e classe (DAVIS, 2017; BORGES, 2018).

Guilherme de Souza Nucci (2016) destaca a existência de pontos cegos na Lei de Drogas e o impacto disso no aumento do encarceramento provisório desde a entrada na lei no ordenamento jurídico. Um desses pontos é a diferenciação entre usuário e traficante como atribuição do juiz no caso concreto (NUCCI, 2016), a partir dos termos aparentemente objetivos dispostos no art. 28, § 2º. Pesquisas empíricas também já apontaram para a ausência de um critério objetivo para a diferenciação entre o usuário de drogas e os diversos tipos de traficantes (desde o pequeno, o médio até o líder de uma organização criminosa), mostrando que as instâncias formais de controle conseguem selecionar para o sistema de justiça criminal aqueles que são considerados “pequenos traficantes”, ou que facilmente se encaixam no chamado “tráfico privilegiado”⁵ da atual legislação (BRASIL,

⁵ Art. 33, §4º, Lei de Drogas: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se

2009; REZENDE, 2011; JESUS, 2011; KARAM, 2013). Em pesquisa realizada no Distrito Federal e no Rio de Janeiro, por meio de análise de processos criminais que investigavam tráfico de drogas, a equipe de pesquisadores chegou à conclusão de que o perfil do condenado por tráfico era o do “pequeno traficante”, também usuário. Anos depois, o movimento de encarceramento de mulheres também permitiu a mesma constatação em relação às mulheres que respondem pelos crimes relacionados ao tráfico de drogas (DINIZ; PAIVA, 2014).

Cristiano Maronna (2017) defende que, para além da existência de pontos cegos, há na verdade uma espécie de “cegueira hermenêutica deliberada” por parte do Poder Judiciário, que não tem interesse em analisar as circunstâncias do caso concreto, a fim de promover a necessária distinção entre usuário e traficante no caso concreto.

Muito se vê na realidade do processo penal aplicado à Lei de Drogas a inversão ilegítima do ônus da prova, em que o acusado pelo delito de tráfico de drogas tem que provar que na descrição da sua conduta tida como ilícita, não praticava a comercialização de droga. O Ministro Gilmar Mendes, quando proferiu seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, que julga a descriminalização do porte de droga para o consumo pessoal, expôs que “é ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo não era o consumo pessoal”, de forma que “seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto” (BRASIL, 2015b, p. 52). Quanto à prova em processos que investigam tráfico de drogas, uma pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apontou que em 62,33% dos processos criminais, apenas agentes estatais (policiais) figuraram como testemunhas de acusação (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 2). Portanto, em um contexto em que os processos possuem frágil produção de provas e inversão do ônus em relação ao acusado, a quantidade de condenações, como já era de se esperar, é muito alta.

A incorporação pelo Poder Judiciário dos discursos populares estigmatizantes contribui para o reforço da seletividade da justiça criminal (DINU; MELLO, 2017) e para a desfuncionalidade da sistemática da justiça de “combate às drogas” (NUCCI, 2016), já que o direcionamento da repressão acaba atingindo apenas a parte mais vulnerável da criminalidade, compreendida por aqueles que se submetem a práticas ilícitas para o sustento do próprio vício, ou ainda, aqueles que estão na

dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)” (BRASIL, 2006).

base da estrutura da organização criminosa, deixando de fora os agentes que verdadeiramente a financiam.

Entendemos que a alteração proposta para o §4º do art. 33 pretende eliminar a possibilidade de fixação de pena privativa de liberdade àqueles casos que se enquadram nos requisitos para a configuração da modalidade privilegiada do tráfico, ou seja, ao agente que seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique à criminalidade organizada. Além de encampar o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, quando declarou inconstitucional a vedação da substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito prevista no dispositivo⁶, a proposta de tornar obrigatória a substituição da pena de prisão, visa adequar a resposta estatal àqueles que certamente serão mais bem tratados com medidas alternativas.

É nesse sentido que Salo de Carvalho (2016) explica que a readequação da incidência do direito penal às condutas de baixo potencial ofensivo ou de menor complexidade surge como possibilidade de redefinição do direcionamento das agências do sistema de justiça criminal. Ou seja, alterações que permitam o equilíbrio na combinação das penas na lei de drogas evitariam o encarceramento desnecessário de pessoas com alto grau de vulnerabilidade, e que, uma vez inseridas no sistema alternativo à prisão terão maiores chances de reabilitação social, além de oportunizar o redirecionamento da repressão estatal aos agentes que verdadeiramente operacionalizam e financiam o grande mercado ilícito⁷.

Na linha do que nos indica a Legística, ainda é possível mensurar o alcance do impacto positivo dessa alteração na redução da população carcerária feminina no Brasil. Segundo o Infopen Mulheres 2016, entre dezembro de 2015 e junho de 2016, contatou-se que 62% das mulheres encarceradas respondem por crimes previstos na lei de drogas, isto é, 3 a cada 5 mulheres (BRASIL, 2017c). Por outro lado, tem-se que 74% das

⁶ Cf. acórdão do Habeas Corpus nº 97.256, Rel. Min. Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2010).

⁷ Em estudo empírico com pessoas presas pela prática de crimes de furto e roubo no Distrito Federal, o Grupo Candango de Criminologia (GCCrim) chegou à conclusão de que “[...] os réus que tiveram suspensão condicional do processo apresentaram índice de reincidência de 24,2%, enquanto os condenados ao regime aberto apresentaram o índice de 41,6%, os de semiaberto de 49,6% e os de regime fechado 53,1%. Ou seja, o regime mais severo (regime fechado) apresentou o maior índice de reincidência, o que foi se reduzindo de acordo com a gravidade do regime (semiaberto, aberto e suspensão condicional, nessa ordem) até que se chegasse a índice inferior à metade do primeiro. Os réus que não passaram pela prisão (seja provisória ou definitiva) foram os que apresentaram o menor índice de reincidência. Aqueles que não foram presos cautelarmente e que tiveram a suspensão condicional como resultado do processo apresentaram o índice de 17,2% de reincidência, ou seja, 82,8% deles não voltaram a ser condenados pelo sistema de justiça criminal (tabela 23)” (CASTILHO; BARRETO, 2010, p. 88).

mulheres privadas de liberdade têm filhos⁸, o que indica a necessidade de se considerar o real impacto do encarceramento feminino sobre o contexto familiar (BRASIL, 2017c) e à real proteção à primeira infância.

Relativamente à alteração da redação do art. 35, a proposta busca a necessária distinção entre a associação para o tráfico habitual e a eventual, mais uma vez como forma de distinguir as pessoas que se envolvem em fatos isolados, daqueles agentes que utilizam o tráfico de drogas como meio de vida. Essa alteração incorpora o entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade de haver uma interpretação mais restritiva da redação desse dispositivo no que tange à expressão “reiteradamente ou não”. Isso porque se reconhece que, para a configuração deste tipo, além da necessária a comprovação da existência de um laime subjetivo entre os agentes, isto é, um vínculo associativo preexistente, deverá haver a comprovação da estabilidade e permanência da associação para a prática do tráfico.

Para Vicente Greco Filho (2011), pela simples leitura do dispositivo em sua atual redação, aparentemente, pode-se entender que a configuração do tipo se dá pelo simples concurso de agentes; no entanto, nem sempre que houver a pluralidade de agentes, ficará configurado o crime de associação para o tráfico, pois haverá a necessidade da comprovação do *animus associativo* (GRECO FILHO, 2011, p. 209-210).

Paulo Rangel e Bacila (2014, p. 119) concluem que a atual redação do dispositivo praticamente eleva o concurso de agentes a “*uma espécie estranha de formação de quadrilha*”, revelando o exagero do legislador nesse ponto, bem como ressaltam a necessidade da caracterização da estabilidade da associação, consoante o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o referido tipo.

A alteração sugerida no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/2006 propõe a inclusão do elemento “visar os frequentadores” para a caracterização da causa especial de aumento de pena na hipótese em que o agente praticou o ilícito nas dependências ou imediações dos estabelecimentos elencados no tipo. A incorporação desse elemento exigirá a comprovação, no caso concreto, de que o acusado tinha como alvo as pessoas que frequentam tais estabelecimentos, as quais, em regra, possuem algum grau de vulnerabilidade. Entende-se que esta alteração incorpora expressamente a verdadeira intenção do legislador de prever

⁸ O levantamento faz uma ressalva metodológica quanto à baixa representatividade da amostra coletada para a apresentação dos dados das mulheres encarceradas relativamente ao número de filhos (BRASIL, 2017c).

tal hipótese de majoração da pena ao agente que tem a intenção de se aproveitar tais condições para efetuar facilmente a comercialização de substância ilícita nesses ambientes.

Além disso, não seria impróprio reconhecer que essa alteração segue a mesma toada da interpretação dada pelos Tribunais Superiores aos casos em que o agente é acusado da prática de tráfico de drogas no interior de transporte público, no sentido de que “a mera utilização do transporte público para o carregamento do entorpecente não é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/2006” (BRASIL, 2014), sendo necessário, portanto, que conste dos autos prova de que o acusado efetivamente pretendia fazer a mercancia da droga no interior do transporte coletivo.

Já a alteração proposta para a redação do art. 44 contempla a necessidade de incorporação do entendimento sobre a inconstitucionalidade da vedação da concessão de liberdade provisória⁹, operado na Lei dos Crimes Hediondos pela Lei nº 11.464/2007 (RANGEL; BACILA, 2014), bem como da proibição da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 97.256/RS (BRASIL, 2010).

Para Paulo Rangel e Carlos Roberto Bacila (2014), a vedação da aplicação das penas alternativas à Lei de Drogas vai de encontro com a racionalidade do sistema alternativo de penas previsto no art. 44 do Código Penal, sobretudo em razão do fato de que os tipos de tráfico não são cometidos com violência ou grave ameaça. Mais uma vez, é importante que a proporcionalidade prevista no sistema normativo seja observada nas leis especiais, como indica a Legística Material.

Outro ponto importante é a previsão da possibilidade de concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes previsto no art. 33, caput, e §1º e 34 a 37, em conformidade com o texto constitucional do art. 5º, XLIII, que prevê aos crimes hediondos e equiparados a insusceptibilidade tão somente de anistia ou graça, sendo esta entendida como modalidade de indulto individual (ROIG, 2017, p. 533-534)¹⁰.

⁹ Vide decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 104.339/SP, que declarou a inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” do art. 44 da Lei de Drogas.

¹⁰ Iniciativa semelhante se verificou no art. 1º, III do Decreto de 12 de abril de 2017, que concedeu indulto a mães:

III – a mulheres condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e a sentença houver reconhecido a primariedade da agente, os seus bons antecedentes, a não dedicação às atividades criminosas e a não integração de organização criminosa, tendo sido aplicado, em consequência, o redutor previsto no § 4º do referido artigo, desde que

Por fim, a proposta acima pretende promover a desriminalização das condutas caracterizadoras do consumo pessoal de drogas, por meio da revogação dos artigos 28, 29 e 30. Essa proposta tem como pressuposto toda a discussão sobre os custos sociais suportados em razão da criminalização do consumo de algumas drogas no país, bem como a discussão acerca da constitucionalidade do tema sob a perspectiva do bem jurídico protegido (a conduta individual não seria capaz de ofender a saúde pública).

Não há dúvidas de que as consequências do discurso proibicionista geram custos em todos os planos da vida social. Alessandro Baratta (1988) explica que a criminalização das drogas produz efeitos de ordem primária e secundária, sendo os primeiros decorrentes do próprio uso da substância entorpecente lícita ou ilícita, gerador de danos à saúde e dependência química, e os segundos decorrentes dos custos sociais da criminalização e da reação social informal. Para Salo de Carvalho (2013), o impacto negativo dos efeitos secundários causados no consumidor e na sociedade, na maioria das vezes, é maior do que o dano causado pela própria droga em si.

No plano individual, a criminalização das drogas inviabiliza que as agências sanitárias realizem a devida fiscalização sobre as substâncias consumidas pelos usuários, o que propicia o consumo de substâncias de baixíssima qualidade, muitas vezes sem o devido equilíbrio de princípios ativos, ocasionando a rápida dependência, intoxicação e overdoses (CARVALHO, 2013). Além disso, a perpetuação de uma visão estigmatizante do usuário como uma figura patológica provoca sua marginalização na sociedade e incentiva seu ingresso no círculo vicioso da criminalidade (CARVALHO, 2013), coibindo políticas de saúde pública como a redução de danos, tão discutida, principalmente, para o tratamento de usuários de *crack* (MACHADO; BOARINI, 2013).

No plano jurídico-penal, embora a Lei de Drogas não tenha previsto a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, a manutenção da natureza criminosa do consumo de drogas provoca outros efeitos penais que reforçam o encarceramento (IBCCRIM, 2017), como, por exemplo, o reconhecimento da reincidência nos casos em que haja condenação anterior por uma das condutas previstas no art. 28¹¹.

cumprido um sexto da pena; (BRASIL, 2017).

¹¹ “A jurisprudência pacífica das Cortes Superiores orienta-se no sentido de que a condenação anterior por uso de drogas - art. 28 da Lei n. 11.343/06 - pode ser utilizada na aplicação da agravante genérica da reincidência, bem ainda como maus antecedentes, pois essa conduta não deixou de ser crime. Precedentes.” Vide acórdão proferido no AgRg no REsp 1713877/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em

No plano econômico, não há dúvida de que o grande mercado de ilícitos é comandado pelas organizações criminosas de alta complexidade, cuja estruturação e fortalecimento se dão, principalmente, por meio da obtenção de lucros com a venda de entorpecentes altamente capilarizada. A variante da ilegalidade e a ausência de regulamentação dos preços de mercado prejudicam exclusivamente os usuários (CARVALHO, 2013). Outro visível efeito econômico é o fato de que a manutenção da ilegalidade do comércio de drogas para consumo pessoal acaba fazendo o Estado deixar de arrecadar uma importante receita tributária (CARVALHO, 2013).

As propostas tendentes à descriminalização do porte de drogas para uso pessoal também têm como pressuposto a inconstitucionalidade da criminalização sob o ponto de vista da proporcionalidade da proteção ao bem jurídico tutelado e o papel do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Como já mencionado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal está discutindo o tema no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP; já foram proferidos três votos favoráveis (com temperamentos) à declaração da inconstitucionalidade do art. 28. Cinge-se a controvérsia em analisar a compatibilidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal em face dos princípios constitucionais da privacidade, da intimidade e da autonomia.

Uma chave interessante de interpretação é a proposta pelo Min. Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 635.659, no sentido de que não é possível o uso do Direito Penal para a discussão sobre o porte de drogas para uso pessoal, já que não se pune a autolesão, e o consumo de drogas está adstrito às escolhas individuais, de disposição do próprio corpo (BRASIL, 2015b)¹². Marcelo Almeida Ruivo (2016, p. 13) sintetiza a discussão afirmando que “a saúde, quer na dimensão individual, quer na dimensão coletiva, merece proteção jurídica, mas não proteção especificamente penal quando se trata de uma autolesão”, na medida em que “conforme demonstram as melhores investigações criminológicas, se o direito penal é inadequado e ineficiente na proteção da saúde do usuário da droga, por rigor lógico também não pode ser considerado um meio necessário” (RUIVO, 2016, p. 13).

Os votos favoráveis à descriminalização discorrem sobre os limites da interferência estatal na esfera privada do indivíduo, bem como

07/08/2018, DJe 15/08/2018 (BRASIL, 2018).

¹² Desenvolvimento teórico semelhante também foi conduzido por Luís Greco (2010), ao analisar a decisão da Suprema Corte Argentina sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga para consumo próprio.

acerca da proporcionalidade da resposta penal à ofensa ao bem jurídico da saúde. Para além do que for decidido pelo STF, no âmbito legislativo, é importante que se leve em conta, para a fundamentação empírica da proposta, que pesquisas anteriores já concluíram que “a melhor estratégia para lidar com o problema é a ampliação das políticas públicas de saúde, razão pela qual se sugere o fortalecimento e a ampliação de medidas de redução de danos, mediante o reconhecimento dos direitos humanos dos usuários de drogas” (BRASIL, 2009, p. 110).

Por fim, é preciso salientar que, muito embora se tenha certeza de que a descriminalização do uso de drogas não seja medida suficiente para redirecionar a política criminal de drogas, sendo necessária a manutenção do controle estatal desta questão, que consiste em uma política de saúde pública, é possível crer que a mudança legislativa proposta possa representar um primeiro passo rumo à constitucionalização da aplicação da Lei de Drogas no Brasil.

1.3 As alterações dos critérios para a decretação da prisão preventiva

A última alteração analisada se refere às mudanças previstas, na proposta das organizações da sociedade civil, ao artigo 312 do Código de Processo Penal. É importante mencionar que há outras propostas relacionadas à prisão preventiva – estabelecendo, por exemplo, prazo de duração de 720 dias como interpretação da “razoável duração do processo” no âmbito processual penal, além de propostas sobre as audiências de custódia que poderão impactar o instituto da prisão preventiva. Porém, em razão da estrutura do trabalho, escolheu-se discutir apenas a alteração prevista no art. 312 do CPP:

Art. 312. Sem prejuízo das demais regras de hermenêutica, aplicáveis em toda a persecução penal, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre a decretação da prisão preventiva e sobre seus prazos de duração, não se admitindo a ampliação analógica das suas hipóteses de cabimento, renovação ou prazos de duração, sob pena de invalidade da decisão judicial, sem prejuízo da eventual caracterização de abuso de autoridade.

§ 1º. A prisão preventiva apenas poderá ser decretada nas hipóteses abaixo elencadas, preenchidos os demais requisitos do Código de Processo Penal, quando a medida

for comprovadamente indispensável: I - para assegurar a eventual responsabilização criminal do imputado, diante da tentativa de fuga ou de elevada probabilidade de fuga, a ser aferida a partir de elementos concretos, demonstrados nos autos, não podendo ser presumida;

II - para se assegurar a obtenção e preservação de elementos informação e provas que interessem à persecução penal;

III - para impedir ou fazer cessar a prática de violência ou grave ameaça contra a vítima, possíveis testemunhas ou agentes públicos encarregados da investigação e instrução criminal, diante de fundados indícios, demonstrados nos autos;

IV - para impedir a tentativa ou consumação de crimes submetidos à pena mínima cominada igual ou superior a 4 anos de reclusão, por parte do imputado, se mantido solto, desde que haja suficiente demonstração da elevada probabilidade do mencionado cometimento de tais delitos, o que não poderá ser presumido.

§ 2º A prisão preventiva jamais poderá ser utilizada, a qualquer título, sem demonstração efetiva da sua imprescindibilidade. A prisão não poderá estar fundada na gravidade abstrata da suspeita ou da imputação, tampouco podendo ser aplicada com finalidades retributivas, expiatórias, com a finalidade de se assegurar a credibilidade do sistema de justiça criminal ou com o fim de se assegurar exemplos edificantes para a comunidade.

§ 3º. Situações de clamor público, prognoses de aplicação da lei penal ou da conveniência da instrução criminal, ou risco de consumação de prescrição, não justificam, isolada ou conjuntamente, a aplicação de prisão preventiva.

§ 4º. No caso de eventual concurso de pessoas ou de crime plurissubjetivo, a fundamentação será específica para cada investigado ou acusado.

§ 5º. Na hipótese do inciso II, acima, a prisão deverá ser imediatamente interrompida tão logo as evidências ou provas houverem sido apreendidas. A prisão não poderá ser empregada como meio de coação para que suspeitos ou acusados produzam provas contra si, de modo a forçá-los a entregar ao Estado prova que porventura tenham em seu poder e cujo paradeiro seja conhecido ou desconhecido pelas autoridades estatais, sem prejuízo da expedição de mandado

A pretensa redução das possibilidades de manejo da prisão preventiva é diretamente proporcional à diminuição da discricionariedade atribuída ao magistrado no momento da decretação, que, atualmente, muito se dá em razão da previsão de requisitos extremamente genéricos e abrangentes como “garantia da ordem pública”, “conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal”. Esse amplo espaço interpretativo ofertado pela lei patrocina justificativas para o manejo da prisão no curso do processo que variam de acordo com as ideologias de cada julgador e transforma o encarceramento provisório em um falso instrumento de legitimação social (VASCONCELOS, 2008).

A proposta de fixação de critérios mais objetivos, que condicionam a decretação da prisão preventiva a uma fundamentação com base em fatos concretamente demonstrados, chama a atenção, mais uma vez, para a necessidade de constitucionalização da aplicação da lei penal e dos dispositivos processuais penais.

Nesse ponto de discussão, vale reforçar a necessidade da observância do princípio da legalidade como postulado regulador do sistema garantista no campo do direito penal. Luigi Ferrajoli (2014) defende a adoção do princípio da legalidade em sentido estrito, como uma norma metalegal dirigida ao legislador, cuja função principal é produzir leis, cujo “conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei” (FERRAJOLI, 2014, p. 93). Ou seja, a inserção de expressões ambíguas e evasivas na lei penal facilita apreciações excessivamente subjetivas e discricionárias pelo julgador e não atendem plenamente ao que informa o princípio da legalidade.

No campo do Processo Penal, a Constituição de 1988 trouxe os fundamentos para uma interpretação baseada nas garantias de defesa da pessoa acusada. O sistema processual brasileiro, de natureza acusatória, assegura a estabilidade do processo, desde a investigação até a sentença, sendo um “imperativo do processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 109). Um corolário do sistema de garantias constitucionais é o pressuposto de que, num Estado

Democrático de Direito, a liberdade é a regra e a prisão, exceção¹³. Tal pressuposto se reforçou com a aprovação da Lei nº 12.403/2011, que trouxe um novo regramento às prisões preventivas e estabeleceu a necessidade de análise, por uma autoridade judiciária, do cabimento de uma ou mais medidas cautelares, alternativas e anteriores à prisão. Em 2015, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das audiências de custódia, consolidando o sistema processual que temos, até o momento, em funcionamento no Brasil (BRASIL, 2015).

Porém, ainda que tenhamos observado avanços na legislação processual penal após a aprovação da Lei nº 12.403/2011, os termos “garantia da ordem pública”, “garantia da ordem econômica” e “conveniência da instrução criminal” permaneceram na redação do art. 312 do CPP, permitindo a discricionariedade do juiz na análise da prisão preventiva. Eugênio Pacelli explica que a tutela da ordem pública e da ordem econômica em nada guarda relação com o processo, pois verdadeiramente se destinam “à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social” (PACELLI, 2009, fl. 451-452). Cristina Zackseski e Patrick Mariano explicam:

ordem pública significa respeito à lei e funcionamento regular das instituições de controle. Nas políticas criminais atuais, significa a manutenção do controle sobre aquilo que as pessoas percebem como distúrbio no funcionamento das instituições que devem agir em seu favor. No campo específico das políticas de segurança observa-se que o conceito de ordem pública que orienta as políticas de segurança no Brasil desempenha uma função deslegitimadora do discurso dos direitos humanos e da participação cidadã, uma vez que a guerra contra o crime adquire maior relevância política se comparada às ações dos governos locais destinadas à inclusão dos habitantes das cidades e ao incentivo a comportamentos conforme a lei (ZACKSESKI; MARIANO, 2016, p. 112)

Por outro lado, os fundamentos que permeiam a prisão cautelar para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, em sua essência, são tidos como fundamentos genuinamente cautelares (LOPES JÚNIOR, 2013; TOURINHO FILHO, 2010, PACELLI,

¹³ Tal concepção advém da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXVI da Constituição Federal: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (BRASIL, 1988).

2009). Partindo desse pressuposto, observamos que tais fundamentos foram devidamente “diluídos” ao longo da proposta de redação do art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo no texto dos incisos I, II e III. Importante chamar a atenção para a inserção da exigência de demonstração do risco de fuga, a partir de circunstâncias concretas presentes nos autos, muito embora devesse ser desnecessário prescrever ao magistrado que a decisão excepcional sobre a prisão cautelar do acusado não deve ser tomada a partir de ilações e conclusões desvinculadas da realidade fática e probatória (LOPES JÚNIOR, 2013).

O *caput* da proposta também merece atenção e ajustes de redação, como recomendam as regras básicas de Legística material, no sentido de conferir mais clareza à proposta de texto legal. A menção às “demais regras de hermenêutica, aplicáveis em toda a persecução penal” e a vedação à ampliação por analogia nos parecem desnecessárias. Como se trata de uma proposta elaborada por organizações da sociedade civil que trabalham, majoritariamente, na defesa de pessoas vulneráveis, é importante reconhecer o contexto da redação; porém, a redação, como se encontra, nos parece desproporcional, já que o sistema acusatório já permite a interpretação das duas questões mencionadas no *caput*.

No tocante ao fundamento da conveniência da instrução criminal, a proposta apresenta condições legais mais objetivas do que seria efetivamente um risco ao desenvolvimento normal do processo, tais como “assegurar a obtenção e preservação de elementos de informação e provas”, “impedir ou fazer cessar a prática de violência ou grave ameaça contra a vítima, possíveis testemunhas ou agentes públicos encarregados da investigação”. Somado a isso, a proposta traz vedação expressa à prisão preventiva decretada como meio de qualquer tipo de coação do acusado, quer para fazê-lo desistir do seu direito ao silêncio, quer para forçá-lo a entregar outros suspeitos ou provas.

A proposta de redação do §2º do art. 312 também incorpora uma importante posição doutrinária e jurisprudencial acerca da impossibilidade de decretação da prisão cautelar baseada na gravidade abstrata do delito¹⁴, bem como na necessidade de assegurar a credibilidade da justiça criminal, ou ainda, para servir como meio de prevenção geral. Quando ocorre a

¹⁴ Recente pesquisa conduzida pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, financiada pelo Conselho Nacional de Justiça, aponta o uso do fundamento “gravidade abstrata do delito” para a conversão de prisões em flagrante em prisões preventivas, em audiências de custódia, revistas pelos Tribunais de Justiça de São Paulo e Tocantins, para casos de pessoas presas por tráfico de drogas, e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, para casos de roubo (BRASIL, 2018, p. 257-258 e 279).

desvirtuação da prisão preventiva pelo legislador e pelo julgador, Odone Sanguiné (2001, p. 30) alerta para a colocação em perigo do desenho constitucional do Estado de Direito.

Outro ponto de grande valia da proposta em análise é a confirmação do caráter excepcional da prisão cautelar no processo penal inserido na proposta, porquanto prevê o rol taxativo das hipóteses de decretação, nos moldes já mencionados, além de exigir que a medida seja comprovadamente indispensável. Também se destacou a necessidade de ponderação do binômio “suficiência-adequação” no momento da escolha das medidas cautelares em cada caso, de modo a impor ao magistrado que faça o juízo de proporcionalidade entre o risco concreto que precisa ser tutelado (constantes no rol do art. 312) e a(s) medida(s) cautelar(es) mais adequada(s) para tanto.

A proposta, de forma geral, sustenta-se no sentido de uma (re) constitucionalização do processo penal, fazendo com que as prisões provisórias sejam, de fato, a *ultima ratio* do sistema de justiça criminal (LOPES JÚNIOR, 2013).

2 ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL EM MATÉRIA LEGISLATIVA

Diante do cenário exposto, não há dúvidas de que a iniciativa das soluções para a melhoria das condições do sistema carcerário no Brasil envolve necessariamente a elaboração de uma política de desencarceramento em todos os processos de criminalização, especialmente no âmbito legislativo. Sabe-se que, desde a promulgação da Constituição Federal em 1988 até meados de 2015, 203 leis penais e processuais penais alteraram o ordenamento jurídico brasileiro (FERREIRA, 2017, p. 133), indicando a franca expansão do direito penal (IBCCRIM, 2017). A aposta pela criminalização é muito frequente, no Brasil, como cortina de fumaça para os problemas no campo da segurança pública.

Para Salo de Carvalho (2010), há uma anomalia no processo de reformas penais no Brasil, decorrente da ausência de investigações empíricas prévias ao processo legislativo, que resultam na produção de leis penais a partir de dois eixos centrais: a) projetos para responder casos emergenciais como, por exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos, impulsionados pela opinião pública e pela demanda midiática, resultando no fenômeno do populismo punitivo; b) projetos estruturados a partir de

sistemas dogmáticos por autoridades em matéria penal, como, por exemplo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, mais condizentes com a estrutura e principiologia penal e processual penal (CARVALHO, 2010).

No campo teórico, deve-se considerar a política criminal como política pública, sendo “um mecanismo discursivo, social e político para: (i) identificar quais condutas merecem ser criminalizadas; (ii) determinar as estratégias de aplicação do poder punitivo” (FERREIRA, 2017, p. 139). No entanto, a prática revela que as medidas tomadas pelos agentes políticos representantes de Legislativo e Executivo têm como pressuposto, quase que exclusivamente, os interesses da opinião pública, de modo que direcionam sua atuação em favor dos seus interesses eleitorais, sem se ater a dados, pesquisas, avaliações de impacto. Já o Judiciário, ao priorizar a aplicação da prisão em detrimento das medidas alternativas ao cárcere, incrementa a cultura do encarceramento na mesma proporção que aprofunda as deficiências do sistema (PASSOS; LIGUORI FILHO; GRAVA, 2016), além de colaborar sensivelmente para a perpetuação da seletividade penal. A execução penal, alijada do debate das ciências criminais, recebe corpos e processos sistematicamente, resultando na superlotação carcerária e na sucessiva violação a direitos fundamentais.

Recente relatório de pesquisa do Ipea sobre o tema conclui que “a menor utilização do sistema de justiça criminal não se impõe apenas como medida de implementação de preceito constitucional, mas também pela sua baixa eficácia e eficiência” (BRASIL, 2015a, p. 92). Inegavelmente, essa adequação passa pelo incentivo aos mecanismos de alternativas penais em detrimento da redução da resposta penal à prisão e por reformas legislativas que propiciem o uso de instrumentos menos punitivos à solução de conflitos sociais, que não necessariamente precisem do processo penal.

Por todos esses motivos, a análise das propostas legislativas fundada na Legística – Material e na avaliação de impacto legislativo – é relevante para o reforço da discussão pública das propostas, de modo a mobilizar a sociedade em torno das alterações, acompanhando os projetos de lei que já foram proposto e encorajando a propositura de outros mais sobre a matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente artigo procurou apresentar uma análise de três propostas de alteração legislativa: (i) do Código Penal, relativamente

aos crimes de furto e roubo; (ii) da Lei de Drogas, relativamente à criminalização do uso e tráfico de drogas; (iii) e do Código de Processo Penal relativamente aos critérios de aplicação da prisão preventiva.

As 16 propostas de alterações legislativas apresentadas ao Congresso Nacional buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país. A análise se restringiu aos quatro fatores que mais levam pessoas à prisão, de acordo com os dados estatísticos oferecidos pelo Depen; no entanto, com os instrumentos da Legística Material, foi possível perceber que a iniciativa tem perspectivas de alcançar o objetivo almejado: contribuir para a redução da população prisional brasileira.

As alterações propostas para o Código Penal revelam que o equilíbrio das penas previstas para o crime de furto, além do redirecionamento da titularidade da ação penal, poderia incentivar mecanismos de composição do conflito em detrimento da aplicação do direito penal, ou ainda possibilitar com maior frequência a aplicação de penas alternativas à prisão. Quanto ao crime de roubo, a proposta de um tipo intermediário, com a previsão de causa de diminuição de pena, poderia diminuir sensivelmente o quantum de pena aplicado para este crime, proporcionando mais rapidamente a progressão de regime prisional.

As alterações previstas para a Lei de Drogas revelam que uma efetiva política de “combate às drogas” deve necessariamente se afastar do sistema de justiça criminal e se aproximar de uma abordagem que garanta saúde redução de danos e direitos humanos. Esta proposta também revela que o sistema de justiça criminal somente será efetivo se houver o direcionamento da repressão àqueles que financiam o tráfico de drogas, oferecendo outras formas de tratamento àqueles que estão na base da criminalidade.

Além disso, esta proposta incorpora diversos entendimentos já consolidados na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir da hermenêutica constitucional da Lei de Drogas, e que já deveriam ter sido encampadas pelas decisões judiciais.

A alteração prevista para o art. 312 do Código de Processo Penal incorpora o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da necessidade de adoção de critérios mais objetivos para a decretação da prisão preventiva, bem como reforça

o caráter subsidiário da prisão no curso do processo, o que certamente impactaria significativamente na descarcerização pretendida.

Até o momento, 14 das 16 propostas normativas foram assinadas por Deputados e Senadores estando em tramitação no Congresso Nacional na forma de diversos Projetos de Lei: PLS nº 113/2017, PLS nº 114/2017, PLS nº 115/2017, PLS nº 118/2017, PLS nº 119/2017, PLS nº 121/2017, PL nº 7512/2017, PL nº 7513/2017, PL nº 7514/2017, PL nº 7515/2017, PL nº 7516/2017, PL nº 7517/2017, PL nº 7518/2017, PL nº 7972/2017, PL nº 7973/2017 e a PRC nº 234/2017. A maior parte das propostas de alteração do Código de Processo Penal já foi apensada ao PL nº 8045/2010, em que se discute a reforma do Código de Processo Penal, como é caso do PL nº 7072/2017, correspondente à proposta nº 14, acerca das mudanças de critérios e condições para a prisão em flagrante e a prisão preventiva, parcialmente analisada no presente trabalho.

O PLS nº 118/2017 e o PLS nº 115/2017 correspondem, respectivamente, às propostas de alteração do Código Penal quanto aos crimes de furto e roubo, e de alteração da Lei de Drogas também analisada neste trabalho. Conforme o andamento disponível no sítio eletrônico do Senado Federal, até o momento ambas as propostas não sofreram emendas pela Comissão de Constituição e Justiça, e se encontram no aguardo de designação do relator (BRASIL, 2018).

Apesar do grande esforço empreendido pelas entidades envolvidas na organização das 16 medidas contra o encarceramento em massa, na própria apresentação do projeto já se reconhece que apenas as mudanças legislativas não são suficientes para promover o desencarceramento pretendido. No entanto, é preciso reconhecer que a força do empenho coletivo para a transformação da situação que estamos vivenciando hoje é fundamental, sobretudo, quando a união de esforços tem a pretensão maior de enfraquecer a cultura punitiva tão firmemente arraigada na sociedade e nas instituições públicas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano. Os problemas do Direito Penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 17, p. 99-117, set./dez. 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias**, Porto Alegre, vol. 7, n. 13, p. 212-241, jan./jun., 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n13/23562.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARATTA, Alessandro. Introducción a la criminología de la droga. **Nuevo Foro Penal**, n. 41, p. 329-346, 1988. Disponível em: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4198>. Acesso em: 4 out. 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editorial Verbo, 2007.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. 2017a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/523314-QUATRO-CPIS-JA-INVESTIGARAM-O-SISTEMA-PENITENCIARIO-BRASILEIRO.html>. Acesso em 12 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. **Relatório Final**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017b.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Pesquisa: Direitos e Garantias Fundamentais - Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra.** Brasília, DF: Fórum Brasileiro de Segurança Pública/CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/03/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf> Acesso em 25 jan. 2018.

BRASIL. Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3665.htm. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações.** Infopen – 2016. Brasil, 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações.** Infopen Mulheres 2^a edição. Brasil, 2017c. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Projeto “Pensando o Direito”:** Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/01Pensando_Direito3.pdf Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). **Aplicação de Penas e Medidas Alternativas:** relatório de pesquisa, 2015a. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/RP_Aplica%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2017.** Altera os artigos 33, 35, 40 e 44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e dá outras providências. Brasil, 2018a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128870>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2017**. Altera os artigos 155 e 157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasil, 2018a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128885>. Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.249.427** – São Paulo. Agravante: Eronildes Teixeira da Hora Junior. Agravado: Ministério Público Do Estado De São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, DF, 15 de maio de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=84293082&num_registro=201800355388&data=20180629&tipo=91&formato=PDF . Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial nº 1.113.728** – Santa Catarina. Recorrente: Paulo Ricardo Able. Recorrido: Ministério Público de Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 29 de setembro de 2009b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6288183&num_registro=200900574340&data=20091019&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.797** – Paraná. Paciente: Antônio Luiz da Silva. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 1º de abril de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79154>. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97.256** – Rio Grande do Sul. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 1º de setembro de 2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879> Acesso em 25 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 122.010** – Mato Grosso do Sul. Paciente: Ricardo Teodoro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000228991&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem em Habeas Corpus** nº 85.298 – São Paulo. Paciente: Law Kin Chong. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de março de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80302>. Acesso em 28 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 635.659 – São Paulo. Recorrente: Francisco Benedito de Souza. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante** nº 24. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265> Acesso em 24 jan. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira (coord.). **Furto e roubo no DF**: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade. Brasília, DF: UnB/ ESMPU/ MPDFT, 2010. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/pesquisas/roubo-e-furto-no-df-avaliacao-da-efetividade-das-sancoes-nao-privativas-de-liberdade.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulheres, cultura e política**. São Paulo: Boitempo. 2017.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=6120957>. Acesso em: 14 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>. Acesso em: 24 jan. 2019.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 137-180., mar. 2017.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; ROXIN, Claus. **Direito Penal Brasileiro Parte Geral: Princípios Fundamentais e Sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GANDRA, Thiago Grazziane. A Inconstitucionalidade da Criminalização do Uso de Drogas. **Revista Amagis Jurídica**, Belo Horizonte, v. 10, p. 153-165, jan./jun. 2014. Disponível em <https://www.amagis.com.br/plus/modulos/edicao/download.php?cdedicao=18618> . Acesso em: 22 set. 2018.

GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 87, p. 84-102, nov-dez/2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais et al. **Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017b. 62 p., 31 cm. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=134754 Acesso em: 15 set. 2018.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro De Ciências Criminais. 16 medidas contra o encarceramento em massa. **Propostas do bloco V: Código de Processo Penal. Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 294,, mai. 2017a. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5961-16-MEDIDAS-CONTRA-O-ENCARCERAMENTO-EM-MASSA. Acesso em: 2 out. 2018.

JESUS, Maria Gorete de (coord.). Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos sobre a Violência, 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas: dos perigos da proibição à necessidade da legalização. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 16, n. 63, p. 9-23, 2013.

KOBIELSKI, Marina Balestrin. A seletividade do sistema penal brasileiro: uma análise da relação entre o perfil majoritário da população carcerária masculina e os crimes contra o patrimônio privado e público. In: AMARAL, Augusto Jobim do; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; MARTINS, Fernanda; MEDINA, Roberta da Silva (Orgs.). Anais do 8º Congresso Internacional de Ciências Criminais da PUCRS. Criminologia Global. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 2, p. 99-112.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Letícia Víer; BOARINI, Maria Lúcia. Políticas sobre drogas no Brasil: a estratégia de redução de danos. **Psicologia: ciência e profissão**. Maringá, n. 33, p. 580-595, 2013.

MARONNA, Cristiano Ávila et al. **16 medidas contra o encarceramento em massa**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017. (Vídeos institucionais). Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/691-Ato-Publico-e-Debate. Acesso em 15 set. 2018.

MONTEIRO, Renan Cajazeiras. **A titularidade da ação penal no crime de furto**, 2005. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=144176 . Acesso em: 8 set. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A droga da Lei de Drogas**. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/droga-da-lei-de-drogas> . Acesso em: 14 set. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; GRAVA, Guilherme Saraiva. O estado de coisas unconstitutional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 3-4, jun. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=129477 . Acesso em: 29 set. 2018.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de Drogas**: comentários penais e processuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REZENDE, Beatriz Gonçalves Ramos de. **A ilusão do proibicionismo:** estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2011. Tese de Doutorado. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/9856>. Acesso em: 25 jan. 2019.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. **Tráfico e sentenças judiciais: uma análise das justificativas na aplicação da Lei de Drogas no Rio de Janeiro.** 2018. Disponível em <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/4e5dc1e0cfbe4c59a6976057c42d0fd1.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal:** teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RUIVO, Marcelo Almeida. O início do julgamento da constitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da lei 11.343/2006). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 12-13., abr. 2016. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=128875. Acesso em 23 set. 2018.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 9, n. 107, p. 29-31, out. 2001. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=1922 Acesso em 28 set. 2018.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel. **Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira.** Dissertação de Mestrado. Franca: Universidade Estadual Paulista, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/135984>. Acesso em 24 jan. 2019.

TOURILHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico.** 2008. 178 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4657>. Acesso em: 27 set. 2018.

VERSELE, Séverin-Carlos. A cifra dourada da delinqüência. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 27, 1980, p. 05-20.

ZACKSESKI, Cristina Maria; GOMES, Patrick Mariano. O que é ordem pública no sistema de justiça criminal? **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 108-125, fev/mar 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DESCRIÇÃO E A INDICAÇÃO DE LINHAS DE COMPREENSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS NA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

THE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN EXPERIENCE ON FUNDAMENTAL RIGHTS: THE DESCRIPTION AND APPOINTMENT OF TOPICS TO UNDERSTANDING THE FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL RIGHTS IN THE HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

Alex Cabello Ayzama*

Alexandre Walmott Borges**

Wilcon Luciano Abreu***

SUMÁRIO: Introdução. 1 O alinhamento das Cartas de Direitos nacionais com o constitucionalismo. 2 Hierarquização e disposição interna dos Direitos nos textos. 3 As disposições de Direitos Sociais, ou de Direitos Econômicos. 4 Direitos de nacionalidade, Estado nacional e nacionalidade. 5 Abertura, recepção e não exaustividades dos Direitos. 6 Normas limitadoras dos Direitos Fundamentais. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O artigo faz a descrição e a análise das várias normas de Direitos Básicos, ou Direitos Fundamentais, ou outra denominação de época, das várias Constituições da História Brasileira: 1822 a 1988. O objetivo da descrição e análise é o de fornecer linhas analíticas da natureza e forma dos Direitos Fundamentais da matriz constitucional, na história nacional. Os postulados da pesquisa foram elaborados com agregados gerais que são: a pertinência dos Direitos constitucionalizados com a matriz do constitucionalismo universal; formas de positivação dos vários conteúdos de Direitos; integração com a ordem jurídica internacional; clivagens entre ordem material e disposições formais. O resultado esperado é o de formulação de hipóteses de pesquisa a partir da construção e agregação das linhas analíticas propostas: sincronia com o constitucionalismo mundial; materialidade dos Direitos; relação com Direitos Humanos e ordem internacional.

Palavras-chave: carta de direitos. constituições. história constitucional. Brasil.

* Abogado por la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia). Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia (UFU).

**Doutor em Direito. Doutor em História. Professor visitante do programa de pós-graduação em Direito da Unesp. Professor dos programas de pós-graduação em Direito e Biocombustíveis, UFU. A redação deste artigo contou com recursos da FAPEMIG e da CAPES.

*** Abogado por la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA), República Dominicana. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia (UFU).

Artigo recebido em 17/06/2020 e aceito em 19/06/2020.

Como citar: AYZAMA, Alex Cabello. BORGES, Alexandre Walmott. ABREU, Wilcon Luciano. A análise da experiência brasileira de direitos fundamentais: a descrição e a indicação de linhas de compreensão da constitucionalização de direitos na história do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 23, n. 37, p. 441-460. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: The article describes and analyses the various norms of Basic Rights, or Fundamental Rights, or other denomination of the time, from the various Constitutions of Brazilian History: from 1822 to 1988. The purpose of the description and analysis is to provide analytical topics of the nature and form of the Rights of the constitutional framework in the national history. The research postulates were elaborated with general aggregates which are: the pertinence of constitutionalized rights with the framework of universal constitutionalism; forms of affirmation of the various subjects of Rights; integration with the international legal order; the relation between material order and formal text. The expected result is to make assumptions about future research hypotheses from the construction and aggregation of the proposed analytical topics.

Keywords: bill of rights. constitutions. constitutional history. Brazil.

RESUMEN: El artículo describe y analiza las diversas normas de Derechos Básicos, o Derechos Fundamentales, u otra denominación de tiempo de las diversas Constituciones de la Historia de Brasil: 1822 a 1988. El propósito de la descripción y el análisis es proporcionar líneas analíticas de la naturaleza y forma de los derechos de la matriz constitucional, en la historia nacional. Los postulados de investigación fueron elaborados con agregados generales que son: la pertinencia con la matriz del constitucionalismo; formas de positivización de los diversos contenidos de derechos; integración con el orden internacional; divisiones entre el orden material y las disposiciones formales. El resultado esperado es formular hipótesis de investigación basadas en la construcción y agregación de las líneas analíticas propuestas.

Palabras-Clave: carta de derechos. constituciones. historia constitucional. Brasil.

INTRODUÇÃO

O artigo procurará explorar as linhas gerais de positivação dos Direitos básicos (Direitos Fundamentais na expressão hodierna) nas diversas Constituições da história brasileira.⁴ A problematização apresentada será: como se apresentam e positivam os Direitos Básicos, ou Fundamentais, nas Constituições brasileiras (ou do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve)? O objetivo da abordagem será o de primeiro, descrever os vários textos constitucionalizados e as partes desses textos definidas como normas de Direitos Básicos, Direitos Fundamentais, ou outra denominação de época, e, segundo momento, analisar essas disposições de Direitos. A parte analítica disporá o objeto da problematização em 5 linhas de consideração: o possível alinhamento, ou não, das Cartas de Direitos nacionais com o constitucionalismo mundial; a hierarquização e a disposição interna dos Direitos nos textos positivados nacionais; as disposições de Direitos Sociais, ou de Direitos Econômicos nos vários textos; as normas de Direitos de nacionalidade e o Estado nacional; a forma de abertura, recepção e não exaustividade dos Direitos, e possíveis integrações de normas internacionais com o ordenamento nacional; a existência de normas limitadoras dos Direitos Fundamentais. A pesquisa

⁴ A opção pela expressão Direitos Básicos é utilizada para respeitar as diferenças de denominações ao longo da história constitucional.

terá natureza qualitativa e se proporá ao desenvolvimento de possíveis hipóteses de pesquisas a partir das descrições e análises, constituindo, pois, tais formulações de hipóteses o material de fecho, ou de considerações finais. Os materiais de pesquisa envolverão fontes bibliográficas e documentais. A função das fontes bibliográficas será a de possibilitar o enquadramento teórico das fontes, com base explicativa e, na sequência possibilitar o cotejo analítico dessas mesmas fontes documentais. As fontes documentais serão os textos positivados como Constituições brasileiras (ou do Reino Unido Brasil e Portugal).⁵

1 O ALINHAMENTO DAS CARTAS DE DIREITOS NACIONAIS COM O CONSTITUCIONALISMO

As Constituições nacionais apresentaram as cartas de Direitos, ou o rol de Direitos Fundamentais, seguindo as linhas gerais do constitucionalismo mundial (PFAFFENSELLER, 2007) (JÚNIOR e MORAES, 2011) (MARQUES NETO, 1993). Isso significa, em linhas gerais que:

As Constituições novecentistas, 1822, 1824 e 1891,⁶ seguiram os padrões materiais do chamado *constitucionalismo liberal*. As duas Constituições nacionais, e aquela do Reino Unido, consagravam materialmente normas de organização do Estado e do poder político, e/ ou *cartas ou rol de Direitos*. (MORA-DONATTO, 2002) (MIRANDA, 2015) (FIORAVANTI, 2012).

Alinhado com o movimento do constitucionalismo vintcentista, as Constituições de 1934 a 1988, além dos conteúdos descritos em (a), incorporaram as matérias de regulação do poder econômico, de direitos às prestações materiais do Estado, e de direitos reguladores do trabalho. Sinteticamente, são Constituições do modelo do constitucionalismo social. (BONAVIDES, 1996) (ANDRADE e BONAVIDES, 1994)

Portanto, as diferenças entre os textos elaborados no século XIX e aqueles elaborados no século XX é material. A diferença significativa está na materialidade constitucional. As Constituições novecentistas, 1822, 1824 e 1891, tinham dimensão material de Direitos com a inclusão dos direitos políticos, de nacionalidade e individuais. As Constituições vintcentistas, de 1934 a de 1988, além os direitos base do modelo

⁵ A Constituição de 1822 foi a Constituição do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve.

⁶ Ao longo do texto há a inserção da Constituição do Reino Unido, de 1822, como primeira Constituição da história brasileira.

liberal, inseriram conteúdos de direção econômica e de direitos sociais no texto. (CANOTILHO, 2003) ⁷

Os textos novecentistas refletiam as concepções de direitos básicos como se isso fosse o sinônimo de direitos individuais. No texto de 1824 apareciam com a denominação de direitos civis, ou simplesmente direitos individuais. No texto de 1882 como Direitos Individuais.

Nas Constituições do século XIX e nas Constituições do século XX, exceto a Constituição de 1988, a expressão ‘Direitos Fundamentais’ não havia sido incorporada ao texto constitucional.

As características dos Direitos Fundamentais e as expressões dos textos constitucionais nacionais para esse conjunto de normas, podem ser expostas na síntese abaixo:

Texto Constitucional	Inserção no texto e expressões usadas para a denominação da ‘carta de direitos’
1822	A Constituição apresentava o Título Dos Direitos e Deveres individuais dos Portugueses. No Título denominado Da Nação Portuguesa e seu território. Religião, Governo e Dinastia estampava os direitos de nacionalidade e direitos políticos.
1824	A Constituição estampava o Título dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros. Na parte inicial tinha a disciplina dos direitos de nacionalidade e políticos com a denominação Dos Cidadãos Brazileiros.
1891	A Constituição tratava no Título IV, Seção I, dos direitos de nacionalidade e políticos: Dos Cidadãos Brasileiros - SEÇÃO I - Das Qualidades do Cidadão Brasileiro. Na Seção II: Declaração de Direitos – esta compreensiva dos direitos individuais
1934	Havia o Título III dividido em capítulo de direitos de nacionalidade e políticos, cap. I; cap. II Dos Direitos e das Garantias Individuais. Havia o Título IV - Da Ordem Econômica e Social com os direitos laborais e normas de direitos às prestações sociais do Estado. Há dois outros títulos com políticas para a Família, e outra para a Educação e a Cultura.
1937	Havia um Título não numerado denominado DA NACIONALIDADE E DA CIDADANIA com direitos políticos e de nacionalidade. Outro denominado DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. Na sequência há títulos sobre a FAMÍLIA, EDUCAÇÃO E CULTURA e a ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL. Este último tem direitos laborais e de prestações sociais do Estado.

⁷ Na tradição constitucional brasileira, desde 1934, há a predominância do uso da expressão *Direitos Sociais* e não ‘direitos econômicos’. Reserva-se, nessa tradição, o uso da expressão ‘direitos econômicos’ não para normas jusfundamentais, mas para as normas de política econômica do Estado, de ação e de intervenção na economia.

1946	O Título IV tratava da DECLARAÇÃO DE DIREITOS. Há disposições iniciais sobre a nacionalidade e a cidadania – direitos políticos e de nacionalidade. Na sequência, disposições sobre DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. Após os direitos individuais havia disposições sobre a ORDEM ECONÔMICA, FAMÍLIA, EDUCAÇÃO e CULTURA, com normas sobre prestações sociais do Estado.
1967	Título II com a DECLARAÇÃO DE DIREITOS, com a sequência de direitos nacionalidade, políticos, e direitos individuais. Ordem Econômica e Social com disposições de direitos sociais e prestações materiais do Estado. Título sobre FAMÍLIA, EDUCAÇÃO E CULTURA
1988	O Título II dedicado aos Direitos Fundamentais com a sequência direitos individuais e coletivos, sociais, nacionalidade e políticos. Além dos direitos sociais dos arts. 6º ao 11, há direitos sociais no Título VIII, denominado Ordem Social.

(REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE, 1822) (BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1891) (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB, 1937) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB DE 1946, 1946) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB 1967, 1967) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988, 1988)

2 HIERARQUIZAÇÃO E DISPOSIÇÃO INTERNA DOS DIREITOS NOS TEXTOS

As Constituições de 1822 e 1988 ordenaram os textos de maneira que a declaração ou rol de Direitos sejam os textos de abertura. No caso da Constituição de 1822 é a primeira parte do texto, logo no art. 1º da Carta. Na de 1988, logo após a principiologia do Estado, a partir do art. 5º (até o art. 17).

Nas demais Constituições, 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 há a posição inicial dos conteúdos de organização do Estado, e dos Poderes, e, após, a Carta de Direitos. Essas Constituições seguiram o padrão de primeiro ordenar as matérias referentes ao Estado, depois alinhar os Direitos, ou a Carta de Direitos.

À diferença das demais, as Constituições de 1934, e de 1988, ressaltam/ram tanto uma teleologia de resgate (no caso de 88), como de promoção dos Direitos, no preâmbulo:

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional

Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934)

[...]

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988, 1988)

3 AS DISPOSIÇÕES DE DIREITOS SOCIAIS, OU DE DIREITOS ECONÔMICOS

Os textos de 1822, 1824, 1891, como era próprio ao modelo de Constituição material da época, não apresentavam Direitos sociais ou econômicos. Da mesma forma, não apresentavam normas de regulação do poder econômico, de intervenção ou de programa do Estado na economia. (MOREIRA, 1977) (GRAU, 1997) (PATRÍCIO, 1981).

A partir de 1934 todas as Constituições inseriram normas, na forma de Título, capítulo ou seção, denominadas Ordem econômica, ou Ordem Econômica e Social. A diferenças entre as Constituições do chamado constitucionalismo social são as seguintes:

- a) A Constituição de 1988 é a única a autonomizar os Direitos Sociais e inseri-los no rol de Direitos Fundamentais;
- b) A Constituição de 1988 também autonomiza a Ordem Social, destacando-a da Ordem Econômica;
- c) A disciplina de 88 determina a existência de dois blocos de Direitos Sociais, um no rol de Direitos Fundamentais, outro, ao final, mais voltado às prestações sociais do Estado;
- d) Nas Constituições de 34, 37, 46 e 67 os Direitos Sociais eram diluídos nos conteúdos da Ordem Econômica constitucional.

1824 e 1891	Constituições absenteístas, típicas do modelo clássico do constitucionalismo liberal
1934	TÍTULO IV - <i>Da Ordem Econômica e Social; TÍTULO V - Da Família, da Educação e da Cultura</i>
1937	Sem numeração os seguintes tópicos: DA FAMÍLIA; DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA; DA ORDEM ECONÔMICA
1946	TÍTULO V - <i>Da Ordem Econômica e Social; TÍTULO VI - Da Família, da Educação e da Cultura</i>
1967	TÍTULO III - <i>Da Ordem Econômica e Social; TÍTULO IV - Da Família, da Educação e da Cultura;</i>
1988	TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS TÍTULO VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA TÍTULO VIII - DA ORDEM SOCIAL ⁸

Em síntese:⁹

Constitucionalismo liberal	Constituições absenteístas	1824, 1891
Constitucionalismo social	Inserção das normas de regulação do poder econômico; direitos às prestações sociais; regulação do trabalho	1934, 1937, 1946, 1967
	Divisão entre os Direitos Sociais e normas da Ordem Econômica	1988

4 DIREITOS DE NACIONALIDADE, ESTADO NACIONAL E NACIONALIDADE

Os direitos de nacionalidade da história constitucional brasileira podem ser divididos em 4 grandes blocos, de acordo com a forma como a matéria foi tratada. A diferença de tratamento pode ser detectada tanto pelos critérios objetivos/subjetivos de definição do universo dos nacionais, nacionalidade originária ou derivada, como também o tratamento dado ao fenômeno migratório (que, em última análise, define o conjunto potencial de adquirentes da nacionalidade): (ANDERSON, 1991) (GELLNER, 1981) (KOHN, 1946)

⁸ Quadro elaborado pelos Autores do texto.

⁹ Quadro elaborado pelos autores.

a) O período do Reino Unido, 1822, com a definição de critérios de ascendência e territorialidade a partir do centro do Reino, englobando metrópole, territórios do Reino e colônias;¹⁰

a.a A Constituição de 1822 estabelecia os domínios do Reino Unido com a participação de ‘todos os Portugueses de ambos os hemisférios, [...]. O território compreendia o núcleo central da metrópole e as várias colônias, no mundo todo. O território brasileiro tinha posição diferenciada já que se considerava parte do Reino e recebia a inclusão no nome do Estado:

O seu território forma o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, e compreende: I — Na Europa, o reino de Portugal, que se compõe das províncias do Minho, Trás-os-Montes, Beira, Estremadura, Alentejo e Reino do Algarve e das Ilhas Adjacentes, Madeira, Porto Santo e Açores;²⁴ II — Na América, o Reino do Brasil, que se compõe das províncias do Pará e Rio Negro, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Ceará, Paraíba, Pernambuco Alagoas, Bahia e Sergipe, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, S. Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Goiás, Mato Grosso, e das ilhas de Fernando de Noronha, Trindade, e das mais que são adjacentes àquele reino; ²⁵ III — Na África Ocidental, Bissau e Cacheu; na Costa de Mina, o forte de S. Joao Baptista de Ajudá, Angola, Benguela e suas dependências, Cabinda e Molembo, as ilhas de Cabo Verde, e as de S. Tomé e Príncipe e suas dependências na Costa Oriental, Moçambique, Rio de Sena, Sofala, Inhambane, Quelimane, e as ilhas de Cabo Delgado; IV — Na Ásia, Salsete, Bardez, Goa, Diu, e os estabelecimentos de Macau e das Ilhas de Solor e Timor. A Nação não renuncia ao direito, que tenha a qualquer porção de território não compreendida no presente Artigo. Do território do Reino Unido se fará conveniente divisão. (REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE, 1822).

b.a Com a amplitude de territórios o conceito de nacionalidade circulou no círculo amplo de ‘todos os portugueses são cidadãos’. Foi adotado, portanto, o conceito de sanguinidade com intersecções da territorialidade. Eram cidadãos os filhos de portugueses nascidos no território do Reino; ou os filhos de mães portuguesa, ainda que nascidos fora do território; e outras formas de inclusão de pessoas sem ascendência esclarecida, escravos libertos, filhos de estrangeiros domiciliados no

¹⁰ Merece consideração que o Brasil foi a sede do Reino no começo do século XIX, com sede no Rio de Janeiro.

território do Reino, e estrangeiros naturalizados. (REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE, 1822).

b) Já com a independência nacional, o conjunto de normas destacava o critério de territorialidade para a definição da nacionalidade (sem abandonar o critério de sanguinidade). Essa abertura para o critério da territorialidade explica-se pela natureza do Estado que principiava a sua formação e dependia de migrações para a formação do corpo nacional do povo (Constituições de 1824 e de 1891). (SODRÉ, 1962) (HOBSBAWN, 1990) (SAND, 2011).

a.a No período das Constituições de 1824 e de 1891 houve a abertura do critério de nacionalidade com a possibilidade de inclusão de estrangeiros, ou dos nacionais da metrópole:

1824	1891
<p>Art. 6. São Cidadãos Brazileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brazileiro, e Os ilegítimos de mãe Brazileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brazileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Províncias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuaçao da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de Naturalização.</p>	<p>Art 69 - São cidadãos brasileiros: 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação; 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicílio na República; 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiverem em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se; 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados.¹¹</p>

(BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1891)

c) Um período de fortalecimento do nacionalismo, do ‘povo nacional’ como objeto de proteção constitucional, com duas formas diferentes de tratamento da matéria:

a.a Nacionalismo pronunciado, embora com a manutenção dos critérios da territorialidade/sanguinidade, mas com normas restritivas

¹¹ Grifos colocados pelos autores do artigo.

de migração (o que limita a posterior aquisição de nacionalidade pela descendência do migrante e pelas dificuldades de fixação do migrante), (JO, 2004) e normas nacionalistas na direção econômica e trabalho (Constituições de 1934 e de 1937).

b.a As Constituições de 1946 e de 1967, embora com a manutenção dos critérios da territorialidade/sanguinidade, inclinaram-se para o nacionalismo ditado pela ‘segurança nacional’, notadamente pela legislação infraconstitucional concretizadora das regras de migração e aquisição de nacionalidade, de normas da Ordem Econômica.

c.a As Constituições de 1934 e de 1937 inseriram dispositivos de nacionalismo exacerbado:

<p>1934</p> <p>Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nationalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.</p> <p>Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros. [...] § 4º - A lei regulará a nationalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.</p> <p>Art. 121. [...]§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas</p> <p>...].§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinqüenta anos. § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena.</p>	<p>1937</p> <p>Art. 122, 15) [...] g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;</p> <p>Art 144 - A lei regulará a nationalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.</p> <p>Art 145 - Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. [...].</p> <p>Art 146 - As empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência.</p> <p>Art 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência. Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o estado de guerra.</p> <p>Parágrafo único - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República.¹²</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB, 1937)

¹² Grifos inseridos pelos autores do artigo.

d.a As Constituições de 1946 e de 1967 mantiveram as linhas tradicionais de territorialidade e de sanguinidade/ascendência. Na vigência das Constituições de 1946, e de 1967, houve a edição de várias normas com concentração de conteúdos de segurança nacional para o tratamento da questão: Decreto-Lei nº 7967; Decreto-Lei nº 417; Decreto-Lei nº 941.

d) Constituição com a manutenção dos critérios da territorialidade/sanguinidade, mas com forte conteúdo de prevalência dos Direitos Humanos, e de abertura moderada à absorção de pessoas no critério de nacionalidade, especialmente após a edição da legislação infraconstitucional (Constituição de 1988):¹³

Carta de Reino Unido com a relação metrópole e domínios coloniais	Abertura e recepção abrangente de pessoas no conceito de nacionais brasileiros	Fechadura e limitação com teleologia e axiologia do nacionalismo e/ ou segurança nacional	A b e r t u r a aos DHs e tratamento ampliado do fonômeno da migração
1822	1824 e 1891	1934, 1937, 1946, 1967 ¹⁴	1988

5 ABERTURA, RECEPÇÃO E NÃO EXAUSTIVIDADES DOS DIREITOS

A história das Constituições nacionais é marcada pela presença de normas de abertura do rol de Direitos.¹⁵ As disposições de abertura das normas constitucionais são interpretadas de maneiras diversas: (SANTOS, 2017)

- a) Abertura aos direitos de outras ordens normativas;
- b) Abertura dos direitos à ideia geral de direito conforme à ordem do Estado de Direito;
- c) Possibilidade de direitos não expressos, ou implícitos, além daqueles positivados expressos no rol de direitos; (ALEXY, 2008)
- d) Abertura e diversas possibilidades de direitos dos documentos de direito internacional.¹⁶

¹³ Ao longo dos 30 anos de vigência a Constituição de 88 foi sofrendo alterações, por ECs, que afastaram o conteúdo nacionalista das disposições econômicas.

¹⁴ A natureza das Constituições de 1946 e de 1967 deveu-se à legislação infraconstitucional, de conteúdo nacionalista ou de segurança nacional.

¹⁵ A exposição geral sobre Direitos Humanos pode ser encontrada em Marcos Mandaini. (MONDAINI, 2009).

¹⁶ Sobre os documentos de direito internacional ver os abrangentes comentários de C. Lafer. (LAFER, 2005)

Sobre a abertura e recepção de Direitos os textos constitucionais têm-se a seguinte trajetória e síntese:

Constituição/ões	Disposição específica sobre abertura
1822 e 1824	Sem disposição específica
1891	<i>Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.</i>
1934	<i>Art. 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota</i>
1937	<i>Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.</i>
1946	<i>Art. 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.</i>
1967	<i>Art. 150, § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.</i>
1988	<i>Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.</i>

(BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB, 1937) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB 1967, 1967) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988, 1988) (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB DE 1946, 1946)

6 NORMAS LIMITADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Podem ser alinhados dois tipos de restrições de Direitos Fundamentais na história constitucional nacional (e do Reino Unido). São disposições textuais criadoras de exceções à fruição de direitos ou situações materiais de ineficácia da universalidade dos direitos:

a) Elementos textuais restringindo os Direitos Fundamentais, podendo ser:

b.a Por conteúdos de supremacia coletiva e definição funcional dos Direitos (BÖCKENFÖRDE, 1993), como em 1937, ou em 1967;

Pela presença de normas de superioridade hierárquica autoritária à Constituição, como em 1967 (e parcialmente na Constituição de 46, período de 64-67), os Atos Institucionais;

b) Clivagem contra fática da Constituição; distanciamento entre a ordem de fato, material, e a disposição formal; distância entre o programa de Direitos e a realização/execução de Direitos; fenômenos detectados em 1824, 1891.

De maneira sintética, eis o quadro:¹⁷

1824	A despeito da Carta de Direitos, persistência da escravização e desumanização de pessoas; realidade material em contraposição ao texto de direitos; limitação dos direitos políticos – voto censitário; limitação dos direitos políticos – restrição aos homens; sistema política com baixa representatividade e concentração elitista; violações generalizadas de direitos: flagelos e privação de liberdade aos escravizados; marginalização de significativos contingentes da população; persistência de presença de autoridades ‘de fato’, no mandonismo local. (CARVALHO, 2008) (CARVALHO, 2008) (SCHWARTZMAN, 1987)
1891	Invocação do estado de sítio em vários períodos; limitação dos direitos políticos por restrição de acesso ao voto; limitação dos direitos políticos por sistema eleitoral com fraudes generalizadas; restrição do voto aos homens; ocorrências de violações à liberdade individual e à integridade física; persistência de poderes ‘de fato’ locais-regionais com atuação à margem do Estado de Direito. (CARVALHO, 2005) (LEAL, 2012) (FAORO, 1991)
1934	Longa previsão constitucional sobre segurança nacional com possibilidade de limitações aos Direitos (pequeno período de vigência)

¹⁷ Elaborada pelos redatores do artigo. Uma abordagem crítica sobre a universalização, a desumanização e o caráter inclusivo/exclusivo dos Direitos Fundamentais pode ser encontrado em L. Ferrajoli. (FERRAJOLI, 2009) (FERRAJOLI, 2001).

1937	<p>Autocracia formalizada no texto constitucional; Longa previsão constitucional sobre segurança nacional e sobre estado de defesa; previsão de censura e limitação da liberdade de reunião na Constituição; restrições e ineficácia dos direitos políticos; ocorrência de torturas, maus tratos e abusos por autoridades do Estado; encarceramento desumano por motivos políticos; limitação funcional dos direitos individuais por razões do Estado no art. 123: <i>O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.</i> (GRECCO, 2015)¹⁸</p> <p><i>Art. 166, § 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.</i></p>
1946	<p>Aplicação seletiva das normas de direitos sociais; período de 64-67 marcado pela normatividade superior dos atos institucionais; persistência de prática de torturas e abusos por autoridades do Estado; persistência de autoridades regionais/lokais ‘de fato’ à margem do Estado de Direito</p>
1967	<p>Rebaixamento hierárquico da Constituição em proveito dos Atos Institucionais; normatividade de exceção nos atos institucionais e atos complementares; limitação generalizada de direitos políticos; ocorrência de ações de extermínio pelo Estado; ocorrências de torturas; seletividade dos direitos sociais; ditadura institucionalizada e formalizada nos Atos institucionais. (GOMES e MAZZUOLI, 2012)</p>
1988	<p>Persistência de ocorrências de torturas e maus tratos; violências esporádicas de autoridades estatais</p>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descrição linear dos postulados, ao longo do artigo, permite/m a indicação de hipóteses ou pontos de pesquisas futuras. Como exposto na parte introdutória, a redação foi de pesquisa qualitativa, descrevendo

¹⁸ A ideia ou perspectiva funcional de Direitos Fundamentais de acordo com a exposição Böckenförde. (BÖCKENFÖRDE, 1993).

e analisando as cartas de Direitos básicos das Constituições nacionais. Assim, como pontos de hipóteses futuras, para exploração temática há:

Os textos positivados sugerem a consonância, ou sincronia, entre as Constituições nacionais, e suas Cartas de Direitos, e os modelos constitucionais e institucionais do constitucionalismo como fenômeno universal; possíveis especificidades dos textos e das Cartas de Direitos podem ser objeto de exploração temática posterior; as Constituições de 1822 e de 1988 podem ser objeto de análise sobre as razões para a ordenação diferenciada: primeiro Direitos, depois Organização do Estado e dos órgãos do Estado;

A diluição dos conteúdos de Direitos Sociais na Ordem Econômica pode indicar a prevalência da política econômica do Estado sobre os conteúdos de Direitos sociais como Direitos Fundamentais (exceção à Constituição de 88; presente em todas as outras do chamado constitucionalismo social);

A trajetória do tratamento dos Direitos de nacionalidade das Constituições parecem indicar momentos diferentes de formação do Estado nacional: 1º, um estatuto colonial e da associação de Reinos Unidos, que não chegou a ter desenvolvimento; 2º, a definição de Direitos de nacionalidade para a criação do Estado nacional, ainda sem conteúdos de nacionalismo, e com amplitude de critérios de definição dos nacionais (1824-91); forte conteúdo nacionalista e limitações ao ingresso de imigrantes (1934, 1937, 1946, 1967); 3º,

No caso da Constituição de 1988 há a possibilidade de exploração das temáticas sobre a singularidade de abertura aos documentos de direito internacional, inclusive com a nova perspectiva de acolhimento e superioridade das normas de DI, sobre DHS (inclusive com mudanças na axiologia das normas de migração);

As possibilidades de abertura das cartas de direitos apresentam e representam momentos diversos do constitucionalismo nacional: tirante a ausência nos textos de 1822 e 1824, apenas enunciação textual, sem efetivação abrangente, em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967; efetivação e abertura aos documentos de direito internacional em 1988; a constância da consideração de direitos não expressos, de 1891 a 1988, como parte do rol de direitos; o caso dos direitos não expressos, não positivados, implícitos (ou outras possíveis denominações utilizadas na teoria e no direito constitucional) sugere a adoção por toda a história do constitucionalismo republicano.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. São Paulo: Cia das letras, 1991.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília, DF: OAB, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. ver. e ampl. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. constituição da república dos estados unidos do brasil de 24 de fevereiro de 1891. **Planalto legislação. Presidência da República**, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB 1967. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967, de 24 de janeiro de 1967. **Planalto legislação**, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988. CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988 de 05 de outubro de 1988. **Planalto legislação**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB. Constituição dos EUB de 1937. **Presidência da República**, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 2018.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB DE 1946. Constituição dos EUB de 1946. **Presidência da República**, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2018.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição do Império do Brazil de 25 de março de 1824. **Planalto legislação**, Brasília, DF, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 abr. 2016.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934. Constituição dos EUB de 16 de julho de 1934. **Planalto legislação - Presidência da República**, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 2 jun. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas. O imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Cia das letras, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem. A elite política imperial. Teatro de sombras. A política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. 11. ed. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 9. ed. ed. Porto Alegre: Globo, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: AL., L. F. E. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, São Leopoldo, jul.-dez 2012. 103-109. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2012.42.01>

GELLNER, Ernest. **Nacionalismo e democracia**. Brasília, DF: Unb, 1981.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura e aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais humanos pelos juízes e tribunais. **REID**, Erechim, ago. 2012. 85-102.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica. 3. ed. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECCO, Gabriel de Lima. Redes de poder durante el “Estado Novo” brasileño: los Redes de poder durante el “Estado Novo” brasileño: los. **Páginas**, Rosario, ano 7, n. 15, 2015. 48-62. Disponível em: <http://revistapaginas.unr.edu.ar/index.php/RevPaginas/index>.

HOBBSBAWN, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1780.** São Paulo: Paz e terra, 1990.

JO, Hee Moon. **INTRODUÇÃO ao Direito Internacional.** 2. ed. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

KOHN, Hans. **The idea of nationalism. A study in its origins and background.** Nova Iorque: MacMillan, 1946.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais.** 1.ed. ed. São Paulo: Manole, 2005.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto.** São Paulo: Cia das letras, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Conceito e evolução dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, out.-dez. 1993. 1079-1090. Disponível em: [**MIRANDA, Jorge.** **Teoria do estado e da constituição.** Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015.](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/docuem&srcc=r1&srguid=i0ad6ad6c600000172892c0463b06a8762&docguid=I565fea80f25611dfab6f010000000000&hitguid=I565fea80f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=14&crumb-action=append&cr. Acesso em: 28 mai. 2020.</p></div><div data-bbox=)

MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos no Brasil.** 1. ed. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

MORA-DONATTO, Cecilia. **El valor de la constitución normativa.** México: Universidad Autónoma nacional de México, 2002.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Lisboa: Centelha, 1977.

PATRÍCIO, José Simões. **Direito econômico**. 2.ed. ed. Lisboa: AAFDL, 1981.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, DF, 9, n. 85, jun.-jul. 2007. 92-107. Disponível em: Teoria dos direitos fundamentais .

REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE. Constituição de 1822. **Faculdade de Direito - UNL**, 1822. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7511.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SAND, Schlomo. **A invenção do povo judeu**. São Paulo: Benivrá, 2011.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos**. 1. ed. Salvador: Juspodim, 2017.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Cia das letras, 2015.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4. ed. ed. Rio de Janeiro: Publit, 1987.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. A cidadania e a evolução dos direitos fundamentais no Brasil. **Revista de estudos jurídicos da Unesp**, Franca, 15, n. 21, 2011. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/344>.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Quem é o povo no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.

VIANNA, Luiz Werneck. Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, 39, 1993. <https://doi.org/10.1590/S0011-52581996000300004>

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. ed. Madri: Trotta, 2008.

A ARQUITETURA DOS BENS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA PERSPECTIVA EXISTENCIAL A PARTIR DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

THE ARCHITECTURE OF THE GOODS OF THE DISABLED PERSON: AN EXISTENTIAL PERSPECTIVE FROM THE ESSENTIALITY PARADIGM

Melissa de Cássia Pereira*
Rosalice Fidalgo Pinheiro**

SUMÁRIO: Introdução. 1 A ruptura na arquitetura dos bens: da exclusão ao acesso. 2 O paradigma da essencialidade: uma perspectiva existencial dos bens. 3 Os direitos fundamentais e a essencialidade: a arquitetura dos bens da pessoa com deficiência. Conclusões. Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar a ruptura na teoria dos bens em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A propriedade moderna, dotada das características de exclusividade e oponibilidade *erga omnes*, relegou o acesso aos bens ao mercado, gerando exclusão social e jurídica. Nesta situação, encontrava-se a pessoa com deficiência, cujo acesso aos bens estava delineado por sua condição patológica. A Lei nº 13.1046/2015 trouxe consigo um novo conceito, segundo o qual a pessoa com deficiência é caracterizada pela interação entre seus impedimentos e as barreiras encontradas na sociedade à sua autonomia, visando garantir-lhe a acessibilidade. Indaga-se, então, por um critério que demonstre quais são os bens primários ou essenciais, aos quais se concede acesso à pessoa com deficiência. Para tanto, enuncia-se o paradigma da essencialidade, delineado por Teresa Negreiros, a partir de uma crítica à classificação dos bens, para destituí-la de sua patrimonialidade e revesti-la de um viés existencial, pautado na utilidade dos bens para a pessoa que deles se serve. A análise da nova regulamentação jurídica demonstra que a acolhida do direito fundamental ao acesso conjuga-se com o direito à moradia, o direito ao transporte e à mobilidade, o direito à informação e o direito à cultura, depositando na utilidade existencial a essencialidade dos bens para a pessoa com deficiência, que se traduz como acessibilidade.

Palavras-chave: paradigma da essencialidade. pessoa com deficiência.

* Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia no Unibrasil. Advogada e Consultora Jurídica em Licitações e Contratos. Pós-Graduada em Direito Público.

** Doutora e Mestra em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* do Centro Universitário Autônomo do Brasil.

Artigo recebido em 30/12/2018 e aceito em 05/06/2019.

Como citar: PEREIRA, Melissa de Cassia. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A arquitetura dos bens da pessoa com deficiência: uma perspectiva existencial a partir do paradigma da essencialidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 461-486. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the rupture in the theory of assets in the face of the Statute of the Person with Disabilities. The modern property, endowed with the characteristics of exclusivity and *erga omnes* opposition, relegated the access to the goods to the market, generating social and legal exclusion. In this situation, the disabled person was found, whose access to the goods was outlined by their pathological condition. Law 13.1046 / 2015 brought with it a new concept according to which the disabled person is characterized by the interaction between their impediments and the barriers found in society to their autonomy, in order to guarantee their accessibility. The question then arises of a criterion which shows which primary or essential goods are granted access to the disabled. For that, the paradigm of essentiality, outlined by Teresa Negreiros, is outlined based on a critique of the classification of goods, to deprive it of its patrimoniality and to clothe it with an existential bias, based on the utility of goods for the person which they use. The analysis of the new legal regulation shows that the reception of the fundamental right to access is combined with the right to housing, the right to transport and mobility, the right to information and the right to culture, depositing in the existential utility the essentiality of goods for the disabled, which is translated as accessibility.

Keywords: paradigm of the essentiality. disabled person.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146/2015 entrou em vigor entre aplausos e críticas da doutrina; enquanto alguns elogiavam a autonomia concedida à pessoa com deficiência, outros a criticavam pela destituição do paternalismo em relação aos mais vulneráveis. Passados três anos de vigência, as discussões ainda são acirradas nos tribunais, no que se refere à capacidade plena da pessoa com deficiência, deixando à penumbra outros aspectos igualmente revolucionários. É o que se verifica quanto aos bens. Seus contornos clássicos, delineados pelo Direito Moderno, sob a égide da concepção individualista de propriedade foi foram profundamente alterados pela recepção do direito fundamental ao acesso.

Relegar o acesso à propriedade ao mercado e ao consenso das partes gerou profunda exclusão social e jurídica. A pessoa com deficiência não se encaixava naquele modelo, pois além de ter que pagar o preço que o mercado exigisse pela propriedade, não poderia manifestar pessoalmente sua vontade, estando sujeita a um regime de incapacidades. Trata-se de uma exclusão: bens econômicos e culturais não são acessíveis à maioria das pessoas, não apenas por motivos econômicos, mas, ainda, em razão de sua vulnerabilidade, restando fora do mercado. Por conseguinte, a Lei nº 13.146/2015 acolhe o “paradigma do acesso aos bens primários”, (LORENZETTI; 2009, p. 230) tornando estes últimos acessíveis às pessoas com deficiência, em face de uma interação de seus impedimentos patológicos com as barreiras sociais ao exercício de sua autonomia.

Nessa perspectiva, indaga-se quais são os bens primários aos quais deve se conceder o acesso à pessoa com deficiência. Como resposta apresenta-se o paradigma da essencialidade, desenhado por Teresa Negreiros: partindo da crítica à classificação dos bens, historicamente amparada em um critério patrimonial, a autora desloca-o para existencial, a utilidade dos bens para a pessoa que deles se serve. A teoria dos bens resta profundamente alterada, uma vez que sua chave de leitura desloca-se do “ter” para o “ser”, isto é, do próprio bem para a pessoa que o utiliza.

Considerando-se que direitos fundamentais incidem nas relações privadas, identifica-se, em sede infraconstitucional, um diálogo entre o direito fundamental ao acesso e outros direitos fundamentais, como a moradia, o transporte e a mobilidade, a informação e a cultura. Identifica-se neste diálogo a utilidade existencial dos bens da pessoa com deficiência, sendo possível afirmar que na acessibilidade deposita-se a essencialidade dos seus bens.

Utilizando-se do método de pesquisa dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico, segue-se um plano de trabalho divido em três partes: na primeira parte, identifica-se a exclusão dos bens e a recepção do paradigma do acesso na Lei nº 13.146/2015; na segunda parte, examina-se o paradigma da essencialidade, idealizado por Teresa Negreiros, e sua função para uma releitura da teoria dos bens e dos contratos; e na terceira e última parte, identifica-se na regulamentação jurídica, enunciada pelo Estatuto, acerca dos bens da pessoa com deficiência, o acolhimento do paradigma da essencialidade.

1 A RUPTURA NA ARQUITETURA DOS BENS: DA EXCLUSÃO AO ACESSO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos termos do que determina seu artigo 1º, destina-se a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de

25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. Em seu artigo 2º, considera pessoa com deficiência como “... aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

Segundo Luiz Alberto David Araújo, inaugura-se um novo conceito, diverso daquele previsto no Decreto 3.298/1999, fundamentado em uma concepção médica e fechada, caracterizado por um rol de impedimentos, que resultariam no reconhecimento da pessoa com deficiência. Havia uma tipicidade que o restringia às hipóteses cientificamente demonstráveis de deficiência, e que conferia extrema segurança jurídica ao administrador público e ao juiz. Contudo, dele resultava a exclusão de um rol de direitos específicos voltados a uma tutela privilegiada deste grupo de pessoas (ARAÚJO; MAIA, 2014, p. 170). Já o novo conceito, trazido pelo Estatuto é aberto e social, uma vez que torna as hipóteses de deficiência, contidas no Decreto 3.298/1999 um rol exemplificativo, pois o enquadramento da pessoa com deficiência deve ser feito diante do caso concreto, considerando não apenas o impedimento que ela possui, mas sua interação com as barreiras existentes na sociedade. Portanto, é um conceito aberto e incompleto, em constante evolução, decorrente da interação entre o impedimento e as barreiras que existem na sociedade, de tal modo que, se gerou exclusão, há deficiência. (ARAÚJO; MAIA, 2014, p. 169)

Para tanto, o artigo 3º da Lei 13.146/2015, define as barreiras como “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros”. Enuncia, ainda, uma classificação dessas barreiras, dentre as quais se destacam as arquitetônicas, “existentes nos edifícios públicos e privados” e nos transportes “existentes nos sistemas e meios de transportes”. Identifica-se nestas disposições um novo paradigma, que tem por pressuposto a exclusão social e jurídica em relação a bens jurídicos: o do acesso, cujo fundamento constitucional é o princípio da igualdade e seu princípio estruturante o acesso aos bens jurídicos primários. (LORENZETTI; 2009, p. 230) Ao descrever o “paradigma de acesso aos bens jurídicos primários”, Ricardo Lorenzetti comenta que:

O jurista que adota essa visão está disposto a abandonar a neutralidade a respeito do mercado e a modificar as suas atribuições, está inclinado a intervir em todo tipo de relações, prioriza os resultados em relação às formas e por isso aceita um direito de menor qualidade formal, prioriza os critérios de justiça material (invoca com frequência os fundamentos sociológicos e econômicos). Sua influência é enorme, tanto no direito público quanto no direito privado, e se manifesta em diversos âmbitos (acesso à justiça, ao mercado, à propriedade, ao consumo etc.).(LORENZETTI, 2009, p. 230)

O fundamento constitucional do paradigma do acesso é acolhido pela Lei 13.146/2015, em seu capítulo II, ao tratar da “igualdade e não discriminação”, estabelecendo o art. 4º, que “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.” Em seu parágrafo primeiro, considera como

discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Trata-se da dimensão negativa do direito fundamental à igualdade de tratamento, que decorre da cláusula geral do *caput* do art. 5º, combinado com o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer dentre os objetivos da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Proclama-se, para além de uma igualdade formal ou substancial, o direito à diferença, que em lugar de reivindicar uma “identidade humana comum” exige o reconhecimento das diferenças. (STEINMETZ, 2004, p. 234)

Com base no direito à igualdade de tratamento, o estatuto rompe com a ideia que a capacidade jurídica é o critério para titularidade dos direitos fundamentais. Há nisto, segundo Joyceane Bezerra Menezes, um tratamento humanista, produzindo-se uma reviravolta no regime das incapacidades e do direito protetivo. (MENEZES, 2015, p.10) A pessoa com deficiência é emancipada, tornando-se plenamente capaz, e os institutos de direito protetivo, em lugar de substituir sua vontade deverão apenas apoiá-la, nos termos do que sugere a “tomada de decisão apoiada”

e a curatela. Nelson Rosenvald afirma que a Lei 13.146/2015 estabelece uma presunção de capacidade plena à pessoa com deficiência, sob pena de discriminação. (ROSENVALD, 2015, p. 8) Se, no entanto, houver um impedimento de longo prazo, de caráter físico, sensorial ou mental, que lhe retire o poder de se autodeterminar, isso não lhe acarretará incapacidade, mas vulnerabilidade, que foi reconhecida no artigo 5º, da mencionada Lei:

A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

Da leitura desse dispositivo legal nítido é o reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, em especial, as crianças, adolescentes, mulheres e idosos, com deficiência. Os indivíduos inseridos no parágrafo único deste dispositivo enquadram-se no conceito de “hipervulnerabilidade”, que quer significar a vulnerabilidade agravada por mais de uma condição de debilidade. Essa constatação implica na necessidade de implementação de medidas compensatórias, por uma questão de justiça social, a fim, de por força de lei, definir um quadro de equiparação, de igualdade de oportunidades em favor destes indivíduos que, historicamente, se encontram em posição de inferioridade na fruição de seus direitos.

Entram em cena as medidas de discriminação positiva, que impõe ao Estado deveres prestacionais, a fim de garantir a inclusão social e econômica destes indivíduos. Esse é o caso, por exemplo, das ações afirmativas voltadas às pessoas com deficiência, por meio de reservas de vagas em concurso público, em empresas privadas, a obrigatoriedade de adaptação arquitetônica nas edificações e nos meios de transporte, a educação com modelo inclusivo, a isenção de determinados tributos, entre outros. Tais medidas não pretendem assegurar mais direitos às pessoas com deficiência do que ao restante da população, mas consistem, de fato, em ações especiais e imprescindíveis para garantir o acesso aos direitos dos quais já usufruem as demais pessoas. (LEITE; RIBEIRO; COSTA FILHO, 2016, p. 70) Por outras palavras, elas são suscitadas por uma dimensão positiva do direito fundamental à igualdade de tratamento, cuja efetivação é um dever do Estado, da sociedade e da família, como se depreende do artigo 8º do Estatuto:

É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

O princípio estruturante do acesso pressupõe sujeitos em situação de exclusão social e jurídica em relação aos bens jurídicos. (LORENZETTI, 2009, p. 230) O direito de propriedade conjuga a exclusividade de seu uso com a oponibilidade *erga omnes* pelo seu titular. Tais características, delineadas pelo Direito Privado moderno, possibilitam que o mercado determine o acesso à propriedade, de tal modo, que somente o indivíduo que pode pagar por ela torna-se proprietário. Considerando que a maioria não pode pagar pelo preço fixado aos bens essenciais, a exclusividade e a oponibilidade *erga omnes* geram uma exclusão de acesso a esses bens, “provocando uma exclusão que afeta a dignidade pessoal e familiar”. (LORENZETTI, 2009, p. 241) A pessoa com deficiência encontra-se nesta situação de exclusão, ainda que possa pagar o preço exigido pelo mercado para ser proprietário. Em tal caso, a exclusão não é regida tão somente pelo critério econômico, mas por uma característica pessoal, a deficiência, que, ao serposta em interação com as barreiras existentes na sociedade, gera exclusão. Por este motivo, a Lei nº 13.146/2015 afirma um novo sujeito de direito, ao enunciar a concepção social de pessoa com deficiência. Eis que não são os impedimentos que ela traz consigo que a definem como tal, mas as barreiras criadas pela sociedade em sua interação com o ambiente resultando em exclusão e discriminação. Igualmente, delineiam-se novos direitos fundamentais de acesso, dentre os quais, o direito à moradia, que lhe garanta o acesso aos bens essenciais.

Ao indagar sobre quais sejam os bens primários, assevera Ricardo Lorenzetti, que não é simples definir o que é um bem elementar e se, para tanto, utilizam-se critérios subjetivos ou objetivos. (LORENZETTI, 2009, p. 241) Considerando tal afirmação, propõe-se o paradigma da

essencialidade para delinear os bens primários ou essenciais da pessoa com deficiência, que são objeto de atenção daquela Lei.

2 O PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE: UMA PERSPECTIVA EXISTENCIAL DOS BENS

O Estado de Direito Liberal, instituído a partir das Revoluções Burguesas, nos séculos XVIII e XIX, pregava os ideais de homogeneidade, igualdade formal e separação absoluta entre Estado e sociedade. As relações privadas eram restritas ao espaço normativo delimitado nos Códigos Civis. O projeto de codificação teve como objetivo abarcar, em um único *corpus*, todas as relações jurídicas referentes àquele ramo do Direito. À Constituição caberia, por sua vez, regular as relações públicas, definidas de forma subjetiva como aquelas em que participasse o Poder Público, e em se tratando de indivíduo, protegê-lo frente ao poder de império do Estado. Isso explica o porquê as normas constitucionais não serem aplicadas às relações estabelecidas entre os particulares, já que o vínculo jurídico era travado entre sujeitos de direito dotados de igual capacidade jurídica.

No entanto, na sociedade contemporânea, o paralelismo dá lugar à convergência. As relações jurídicas de natureza civil, não importando sua natureza específica, seja esta familiar, obrigacional, real ou sucessória, passaram a ser disciplinadas não apenas pelas normas do Código, mas igualmente por princípios e regras constitucionais. Nesse contexto, a hierarquia da norma constitucional, já reconhecida sob o ponto de vista teórico, torna-se um objetivo a ser alcançado na prática. O Direito Civil passa a ser influenciado pelos direitos fundamentais, de tal modo, que estes incidem nas relações interprivadas. Delineiam-se novos valores para o Direito Privado, sendo que o “valor fonte” é a dignidade da pessoa humana. Ocorre uma reviravolta, segundo a qual se substitui o “ter”, caracterizado pelo indivíduo moderno, que é proprietário, para o “ser”, que deve ser tutelado com a prevalência da relação existencial em face da realização patrimonial. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 559-560) Nesse sentido, é imprescindível que o Direito Privado se ocupe das situações existenciais, como salienta Pietro Perlingieri:

A concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Também os interesses que não têm caráter patrimonial são

juridicamente relevantes e tutelados pelo ordenamento. Por outro lado, não faltam situações patrimoniais que, por sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial. (PERLINGERI, 1999, p. 760)

O Código Civil de 2002 manteve a classificação dos bens, presente na codificação anterior, depositando o critério de distinção nos próprios bens: considerados em si mesmos e reciprocamente considerados. Tal classificação é criticável, uma vez que o Código ocupa-se apenas da destinação patrimonial dos bens, na perspectiva do Direito Moderno. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 578) Consequentemente, abstrai-se dos bens a dimensão existencial, isto é “a função que exercem na conservação ou promoção da dignidade da pessoa humana”. (NEGREIROS, 2006, p. 473) Sobre o assunto, assevera Luiz Edson Fachin, que no contexto da civilística clássica

...a divisão básica dos bens não é jurídica, e sim econômica. O jurídico apenas comparece para dar cobertura aos bens de produção, de uso e de consumo, de acordo com a concepção política, e para se estabelecer o regime dos mesmos. (...) A divisão de bens de produção, de uso e de consumo, é, na verdade, a grande divisão que está sob a configuração clássica dos bens. (FACHIN, 2000, p. 166-167).

Partindo dessa crítica, Teresa Negreiros desenha o paradigma da essencialidade. Os contratos que tem por finalidade a satisfação de necessidades existenciais “devem ser diferenciados daqueles outros contratos cujo objeto seja a utilização ou a aquisição de bens não essenciais à pessoa humana *enquanto tal*” (NEGREIROS, 2006, p. 449) Por conseguinte, “as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos”. (NEGREIROS, 2006, p. 449)

O paradigma da essencialidade busca a interligação entre a classificação dos bens e a classificação dos contratos. Importante ressaltar, no entanto, que a classificação dos bens, ao invés de ser pautada no grau de essencialidade patrimonial do bem, deve ser analisada em relação à pessoa que dele necessita. Aplicando-se um índice de utilidade como diretriz para classificação dos bens, pode-se valer da teoria econômica, que os classifica a partir das noções de utilidade e necessidade. A esta classificação pode-se acrescentar também o critério da destinação do bem, de forma que se possa verificar a importância para a pessoa que dele se utiliza.

No âmbito jurídico, o critério da essencialidade encontra respaldo no Direito Tributário, tanto na Constituição da República (artigo 153, §3º, inciso I e artigo 155, §2º, inciso III), quanto no Código Tributário Nacional, sob o título de seletividade:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Tais critérios levam ao estabelecimento de alíquotas inversamente proporcionais à imprescindibilidade do bem. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 578) Teresa Negreiros afirma, ainda, que o Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição vigente, no artigo 48 já se referia à natureza seletiva do IPI em função da essencialidade dos produtos. Na Constituição de 1946, foi instituída uma isenção tributária para certos bens com fundamento na essencialidade, que era considerada em função da frágil condição social das pessoas com poucos recursos econômicos. (NEGREIROS, 2006, p. 406-407)

Desse modo, o conceito de essencialidade dos produtos está associado à manutenção de um padrão mínimo de vida, o que equivale associar a essencialidade à conservação da dignidade da pessoa humana. (NEGREIROS, 2006, p. 406-407) Parece possível determinar que certos bens são essenciais por natureza, na medida em que se demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para a vida humana, tais como vestuário, habitação, tratamento médico. Verifica-se que a essencialidade consagrada na Constituição da República aliada ao princípio da capacidade contributiva, compõe um critério básico de qualquer política fiscal, que é considerada instrumento de distribuição de renda e de justiça social. (NEGREIROS, 2006, p. 406-407) Com efeito, faz-se necessário que a classificação dos bens seja realizada a partir de uma perspectiva metodológica, fundamentada na cláusula geral de dignidade da pessoa humana. À classificação já existente pode-se somar a verificação da destinação de determinado bem, com o objetivo de buscar uma diferenciação pautada na função que eles exercem para a pessoa que deles se utiliza.

O paradigma da essencialidade consubstancia-se em um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser

diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Para tanto, a autora propõe a classificação dos bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante. (NEGREIROS, 2006, p. 342) Ao proceder à classificação, do ponto de vista existencial, Teresa Negreiros apresenta o exemplo de uma piscina construída em uma casa e em um hotel. No primeiro caso, estar-se ia diante de uma benfeitoria voluptuária, e no segundo, de uma benfeitoria útil. No entanto, a autora alerta que a piscina construída em casa para a prática de exercícios para uma pessoa com deficiência que ali resida, em que pese sua destinação não se enquadrar como mero deleite, continuaria a ser considerada como benfeitoria voluptuária, já que o bem é reciprocamente considerado em relação à casa e não ao seu morador. No entanto, a partir de uma perspectiva existencial, poderia se sustentar a natureza útil ou até mesmo necessária da piscina. (NEGREIROS, 2006, p. 434)

Exemplo maior de bem, que de forma excepcional à regra, é tutelado a partir do ponto de vista do sujeito é o bem de família. Arthur Pinheiro Basan afirma que um contrato de financiamento de uma casa indispensável à sobrevivência de uma determinada família, por exemplo, não pode ser analisado sob o mesmo prisma que se interpretaria um contrato de financiamento de um carro de luxo. Frise-se que esse tratamento diferenciado ao bem imóvel residencial imprescindível à entidade familiar já possui, inclusive, previsão expressa no ordenamento brasileiro, mais especificamente na Lei 8.009/1990, que discorre acerca da impenhorabilidade do bem de família. (BASAN, 2016, p. 20)

É possível identificar alguns bens que são essenciais à vida humana digna na Constituição da República, ao prever em seu artigo 7º, inciso IV, o direito dos trabalhadores ao salário mínimo, expressa algumas necessidades básicas que devem ser supridas: "... 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." Com efeito, é possível concluir que os contratos que possuam alguma relação com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte, possuem grandes chances de serem qualificados como contratos existenciais. (BASAN, 2016, p. 21) Teresa Negreiros reconhece, portanto, o caráter existencial do contrato a partir do paradigma da essencialidade:

A luz do denominado paradigma da essencialidade, propõe-se que a utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais. O paradigma da essencialidade sintetiza uma mudança no modo de se conceber os princípios do contrato, traduzindo a superação de uma concepção predominantemente patrimonialista e socialmente neutra do fenômeno contratual.

Como tal, o paradigma da essencialidade proporciona instrumentos e conceitos que permitem tratar os problemas sociais como problemas a serem enfrentados também pelo direito contratual, constituindo ao mesmo tempo uma expressão e um expoente do compromisso do estudioso desta área do saber jurídico com a tutela da dignidade essencial da pessoa humana. (NEGREIROS, 2006, p. 388)

De acordo com Arthur Pinheiro Basan, o contrato existencial é composto de um aspecto objetivo e outro subjetivo. O aspecto objetivo diz respeito à essencialidade do objeto contratado, mas não se pode pretender determinar quais são os objetos, que uma vez contratados, formam por si só uma relação existencial. Estabelecer, de forma absoluta, um rol fechado tornaria a distinção proposta totalmente ineficaz no contexto da sociedade pós-moderna, de alta comunicação e complexidade. (BASAN, 2016, p. 20) A esse respeito, Pietro Perlingeri comenta que "...nenhuma previsão especial poderia ser exaustiva porque deixaria de fora algumas manifestações e exigências das pessoas que, em razão do progresso da sociedade, exigem uma consideração positiva." (PERLINGERI, 1999, p. 765)

Nesse contexto, Teresa Negreiros indaga como hierarquizar as necessidades humanas. Seria possível elaborar um critério científico que diferencie o supérfluo, o útil e o essencial? Utilizando-se dos ensinamentos de Ruth Zimmerling, aquela autora afirma que as necessidades distinguem-se em instrumentais, em oposição às absolutas ou categóricas, ou em necessidades adventícias, em oposição às necessidades básicas. Mas qual seria o critério para diferenciá-las? Em resposta a tal questionamento, Teresa Negreiros afirma que as necessidades absolutas ou categóricas dispensam justificação, já que sua evidência decorre da direta relação que guardam com a integridade física e psíquica das pessoas. Não se trata de preferências particulares, mas de necessidades intrínsecas à pessoa humana como tal. Isso não significa que as necessidades básicas possam corresponder a uma lista exaustiva e imutável. As pessoas são diferentes.

Ademais, uma mesma pessoa, no curso de sua existência, experimentará mudanças que resultaram novas e diferentes necessidades. (NEGREIROS, 2006, p. 466-467)

O aspecto subjetivo do contrato existencial, por sua vez, diz respeito à vulnerabilidade da pessoa contratante. A identificação da vulnerabilidade é uma técnica legislativa que permite regras especiais de proteção, uma vez constatada a fraqueza ou debilidade específica de uma determinada pessoa, que lhe retira o patamar de igualdade nas relações jurídicas. Trata-se do reconhecimento de uma vulnerabilidade agravada do contratante, que possibilita um tratamento diferenciado de proteção, inclusive para permitir um regime de interferência judicial mais acentuado, a fim de garantir à pessoa em situação de debilidade, condições de justiça contratual, garantindo a tutela da pessoa humana e de seu mínimo existencial. (BASAN, 2016, p. 27) A esse respeito Teresa Negreiros afirma que os contratos sobre aquisição ou prestação de serviços que, considerando a sua destinação, sejam considerados como existenciais, estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte mais vulnerável, assim entendida a parte que necessita do bem, e vice-versa. Em contrapartida, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do Direito Contratual Clássico, vigorando a regra da intervenção heterônoma. (BASAN, 2016, p. 463).

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Renata Carlos Steiner comentam que a teoria do paradigma da essencialidade dos bens, formulada por aquela autora, tem especial relevância, já que demonstra o reconhecimento de uma principiologia contratual que não significa a substituição dos princípios clássicos, tampouco a aplicação dos novos apenas em caráter subsidiário. Vive-se, na realidade, um momento em que se pode trabalhar com a maior ou menor incidência dos novos princípios ou dos clássicos, afirmado que:

Em toda a obra da autora fica latente que não se está a propugnar pela desconsideração da autonomia privada, pelo contrário. Tal é revigorada com a devida constatação de que a dignidade da pessoa humana não pode pôr em risco a liberdade, sem a qual a vida humana careceria de sentido. Em realidade, defende a autora a criação de uma nova ética, a qual chama de ética da solidariedade, e não mais exclusivamente de liberdade. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 570).

Embora a utilidade do bem seja tomada como fundamento em várias decisões judiciais, Teresa Negreiros afirma que até o momento, não

houve sistematização deste conceito em um real e novo paradigma dos contratos. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 346) Portanto, esse paradigma não é o ponto de chegada, mas de partida. A formulação de instrumentos capazes de solucionar tais problemas é obra da teoria a ser progressivamente construída em torno do novo paradigma.(RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 519) Aí reside a importância da obra da autora na medida em que a adoção deste novo paradigma tem como objetivo aliar previsibilidade das decisões judiciais e a necessidade de tutela dos direitos essenciais do homem por meio do instrumento contratual. (RIBEIRO; STEINER 2008, p. 577).

Teresa Negreiros sustenta que o paradigma da essencialidade serve, em primeiro lugar, como parâmetro para a conciliação da liberdade e da solidariedade no campo dos contratos. Deste modo, os contratos existenciais deverão ser mais sensíveis a um regime intervencionista, no outro extremo, contratos incidentes sobre bens supérfluos deverão ser pautados por maior autonomia. Serve, ainda, para estender, com fundamento na analogia, o regime de tutela instituído pelo Código de Defesa do Consumidor a outras relações contratuais, que embora não sendo de consumo, apresentem, sob o ponto de vista do paradigma da essencialidade, um desequilíbrio entre os contratantes, decorrente da contraposição entre interesses existenciais e patrimoniais, no seio de uma dada relação contratual. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 517).

Em segundo lugar, a nova teoria presta-se à proteção da parte mais vulnerável. A recente da tipologia contratual sinaliza para o aparecimento de novas classes de contratos cujo critério individualizante, ao invés de privilegiar apenas a forma, desce à substância do vínculo contratual, criando-se meios de distinguir os contratos à luz das necessidades concretas e, consequentemente, à luz das desigualdades de poder negocial entre os mesmos. Inspira-se nesta nova ordem de ideias, a categoria dos contratos de adesão. O fato de um contrato ser classificado como “de adesão”, faz com que se lhe aplique um regime diferenciado, caracterizado pela proteção do aderente. Ao lado dessa classe de contratos, e fundamentando-se no mesmo entendimento, a autora propõe, conforme já foi comentado acima, que os contratos se distingam em contratos incidentes sobre bens essenciais, úteis ou supérfluos, o que, em última instância, constitui uma forma complementar de efetivar a tutela da parte contratante vulnerável. (RIBEIRO; STEINER, 2008, p. 365-366).

Diante dessas considerações, indaga-se acerca do acolhimento do paradigma da essencialidade dos bens, formulado por Teresa Negreiros,

pela Lei nº 13.146/2015. Examina-se, a seguir, se “...as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos,” (NEGREIROS, 2006, p. 473) cujo titular ou parte é a pessoa com deficiência.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ESSENCIALIDADE: A ARQUITETURA DOS BENS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para responder a questão exposta, retoma-se o paradigma do acesso como fundamento de inclusão social e jurídica da pessoa com deficiência.

Não obstante, a falta de referência expressa no artigo 5º, da Constituição da República, Susana Couto Pimentel e Mariana Couto Pimentel proclamam o direito ao acesso como um direito fundamental. Apoiam semelhante característica nos direitos à vida, à igualdade, à liberdade de expressão e à liberdade de locomoção, previstos no rol daquele artigo. Eis que “...a acessibilidade foi entendida como sendo uma forma de superação de barreiras impostas às pessoas com deficiência, sendo que cada tipo de barreira a ser ‘vencida’ leva à associação de um direito diferente”, (NEGREIROS, 2006, p. 92) o que lhe confere os contornos de um direito fundamental implícito. Em decorrência disso, há uma ampliação da noção de barreiras (urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas), no artigo 3º do Estatuto, e, por conseguinte, das condições necessárias à acessibilidade de pessoas com deficiência e mobilidade reduzida. (NEGREIROS, 2006, p. 92)

No plano infraconstitucional, a acessibilidade é definida pelo artigo 53, da Lei nº 13.146/2015, como o “direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”. Considerando-a como eliminação das barreiras impostas pela sociedade à pessoa com deficiência, o direito ao acesso sinaliza o reconhecimento do princípio de sua autonomia individual, tal como previsto no artigo 3º, alínea “a”, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Trata-se, a um só tempo, da ruptura e afirmação de dois paradigmas, asseverando Flávia Balduino Brazzale que “rompe-se com os excessos do paternalismo, pois a excessiva proteção traduzir-se-ia em uma

terrível tirania, passando-se à valorização da autonomia da pessoa com deficiência". (BRAZZALE, 2018, p. 85)

Os bens primários ou essenciais estão sujeitos ao direito fundamental ao acesso da pessoa com deficiência. Para tanto, a Lei nº 13.146/2015 estabelece, no artigo 54, inciso I, que "a aprovação de projeto arquitetônico e urbanístico ou de comunicação e informação, a fabricação de veículos de transporte coletivo, a prestação do respectivo serviço e a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva" sujeitam-se às normas relativas à acessibilidade.

Para tanto, o direito fundamental à moradia revela-se como um novo direito de acesso, ao dispor o artigo 31 que "A pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva." O artigo 32 impõe ao poder público que, no âmbito de programas habitacionais, deverá conferir prioridade à pessoa com deficiência na aquisição de imóvel para moradia própria, direito este que será exercido apenas uma vez e mediante financiamento compatível com os seus rendimentos e de sua família, reservando-lhe 3% (três por cento) das unidades habitacionais, com acesso e adaptações às unidades habitacionais, aos equipamentos urbanos comunitários e à instalação de elevadores.

Art. 32. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa com deficiência ou o seu responsável goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

§ 1º O direito à prioridade, previsto no **caput** deste artigo, será reconhecido à pessoa com deficiência beneficiária apenas uma vez.

§ 2º Nos programas habitacionais públicos, os critérios de financiamento devem ser compatíveis com os rendimentos da pessoa com deficiência ou de sua família.

§ 3º Caso não haja pessoa com deficiência interessada nas unidades habitacionais reservadas por força do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, as unidades não utilizadas serão disponibilizadas às demais pessoas.

I - reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência;

III - em caso de edificação multifamiliar, garantia de acessibilidade nas áreas de uso comum e nas unidades habitacionais no piso térreo e de acessibilidade ou de adaptação razoável nos demais pisos;

- IV - disponibilização de equipamentos urbanos comunitários acessíveis;
- V - elaboração de especificações técnicas no projeto que permitam a instalação de elevadores.

Considerando a importância dos contratos de aquisição de casa própria, no qual está em jogo o direito à moradia, o artigo 58 estabelece que o projeto e construção de imóveis destinados à habitação familiar devem ser acessíveis, impondo às construtoras e incorporadoras a obrigação de assegurar um percentual mínimo de suas unidades como internamente acessíveis:

Art. 58. O projeto e a construção de edificação de uso privado multifamiliar devem atender aos preceitos de acessibilidade, na forma regulamentar.

§ 1º As construtoras e incorporadoras responsáveis pelo projeto e pela construção das edificações a que se refere o *caput* deste artigo devem assegurar percentual mínimo de suas unidades internamente acessíveis, na forma regulamentar.

Em contratos de incorporação imobiliária, as construtoras e incorporadoras deverão assegurar unidades internamente acessíveis às pessoas com deficiência, proibindo-se a cobrança de valores adicionais para aquisição de tais unidades. Nesse sentido, vide o disposto no Art. 58 “(...) § 2º É vedada a cobrança de valores adicionais para a aquisição de unidades internamente acessíveis a que se refere o § 1º deste artigo.” Eis que tal cobrança poderia se revelar como discriminatória, na medida em que impossibilitaria a concretização do direito à moradia.

Em tais disposições o direito fundamental ao acesso conjuga-se com o direito fundamental à moradia para delinear a essencialidade do bem, portando consigo interesses, não apenas patrimoniais, mas existenciais. Eis que os imóveis não são ora considerados em sua clássica distinção, com base em um critério patrimonial, mas com base nas condições concretas da pessoa que deles se serve. Segundo Francisco Amaral,

a classificação dos bens em móveis e imóveis é historicamente a grande divisão no direito dos bens, sendo os imóveis mais importantes por traduzirem a ideia de maior valor, estabilidade e importância política que os móveis, mero conceito residual, compreendendo os bens fora do regime dos imóveis. (AMARAL, 2008, p. 353).

Para tanto, o imóvel deve possibilitar à pessoa com deficiência viver autonomamente, seja em meio à sua família ou desacompanhada. Trata-se da eficácia do direito fundamental à moradia, seja do particular em face

do Estado, seja de um particular perante o outro, delineando a “residência inclusiva”, pois “as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passam a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos”. (NEGREIROS, 2006, p. 449)

Outra situação que poderia ser analisada sob a perspectiva da essencialidade do bem diz respeito à aquisição de veículo por pessoa com deficiência. As pessoas com deficiência possuem, em razão de suas condições, muitas dificuldades de acessibilidade e locomoção, seja pela inexistência de rampas de acesso a cadeirantes, da ausência de veículos adaptados, ou até mesmo em virtude de dificuldades que não estão relacionadas com a deficiência física, mas cognitivas ou comportamentais. Nesse sentido, percebe-se a extrema importância e utilidade que os automóveis, sejam estes do transporte coletivo, ou veículos particulares, possuem na locomoção destes indivíduos, contribuindo de forma significativa para assegurar um padrão de qualidade mínima de vida.

Em razão desse fato, o direito fundamental ao acesso também enseja o direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência. A Lei nº 13.146/2015 estabelece, no artigo 46, que tais direitos serão assegurados em igualdade de oportunidades, mediante eliminação das barreiras e obstáculos de acesso. Para tanto, o artigo 47 estabelece a reserva de 2% (dois por cento) das vagas em estacionamentos públicos ou privados de uso coletivo e em vias públicas, para veículos que transportem pessoas com deficiência que tenham sua mobilidade reduzida. O Estatuto estabelece a obrigatoriedade às empresas de táxi de reservarem 10% (dez por cento) de seus veículos acessíveis às pessoas com deficiência, no artigo 51, não lhes sendo permitido cobrar tarifas diferenciadas pela prestação de tal serviço. Impõe, ainda, às locadoras de veículos a obrigação de oferecer um veículo adaptado para o uso de pessoa com deficiência a cada vinte veículos de sua frota, no artigo 52:

Art. 51. As frotas de empresas de táxi devem reservar 10% (dez por cento) de seus veículos acessíveis à pessoa com deficiência.

§ 1º É proibida a cobrança diferenciada de tarifas ou de valores adicionais pelo serviço de táxi prestado à pessoa com deficiência.

§ 2º O poder público é autorizado a instituir incentivos fiscais com vistas a possibilitar a acessibilidade dos veículos a que se refere o **caput** deste artigo.

Art. 52. As locadoras de veículos são obrigadas a oferecer 1 (um) veículo adaptado para uso de pessoa com deficiência, a cada conjunto de 20 (vinte) veículos de sua frota.

Parágrafo único. O veículo adaptado deverá ter, no mínimo, câmbio automático, direção hidráulica, vidros elétricos e comandos manuais de freio e de embreagem.

Em tais casos, percebe-se que a aplicação do paradigma da essencialidade dos bens para as pessoas com deficiência traduz-se em ampliação de sua autonomia, uma vez que possibilita a redução da exclusão social e econômica a que estão submetidos estes indivíduos. Interpretar os bens contratados por esse grupo de pessoas sob um viés existencial, de acordo com a finalidade ao qual se destinam, significa assegurar uma igualdade real de oportunidades na aquisição dos bens.

O paradigma do acesso também encontrou acolhida, ainda que implícita, na seara jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça firmou no Recurso Especial 523.971/MG, o entendimento segundo o qual a isenção do IPI para aquisição de veículos por portadores de deficiência, prevista na Lei 8.989/1995, deve ser assegurada, ainda que o veículo seja conduzido por terceira pessoa:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "A" - MANDADO DE SEGURANÇA - IPI - AQUISIÇÃO DE VEÍCULO POR PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA – ISENÇÃO - EXEGESE DO ARTIGO 1º, IV, DA LEI N. 8.989/95.

A redação original do artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95 estabelecia que estariam isentos do pagamento do IPI na aquisição de carros de passeio as "pessoas, que, em razão de serem portadoras de deficiência, não podem dirigir automóveis comuns".

Com base nesse dispositivo, ao argumento de que deve ser feita a interpretação literal da lei tributária, conforme prevê o artigo 111 do CTN, não se conforma a Fazenda Nacional com a concessão do benefício ao recorrido, portador de atrofia muscular progressiva com diminuição acentuada de força nos membros inferiores e superiores, o que lhe torna incapacitado para a condução de veículo comum ou adaptado.

A peculiaridade de que o veículo seja conduzido por terceira pessoa, que não o portador de deficiência física, não constitui óbice razoável ao gozo da isenção preconizada pela Lei n. 8.989/95, e, logicamente, não foi o intuito da lei. É de elementar inferência que a aprovação do mencionado ato normativo visa à inclusão social dos portadores de

necessidades especiais, ou seja, facilitar-lhes a aquisição de veículo para sua locomoção.

A fim de sanar qualquer dúvida quanto à feição humanitária do favor fiscal, foi editada a Lei nº 10.690, de 10 de junho de 2003, que deu nova redação ao artigo 1º, IV, da Lei n. 8.989/95: "ficam isentos do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI os automóveis de passageiros de fabricação nacional" (...) "adquiridos por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal". Recurso especial improvido. (STJ, Resp. 523.971/ MG. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Franciulli Netto, julgado em 26/10/2004, DJ 28/03/2005.)

Este posicionamento da jurisprudência majoritária manteve-se, mesmo após edição da Lei nº 13.146/2015, no sentido de que as pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental, severa ou profunda, ou autistas, possuem direito à isenção de diversos tributos, dentre os quais se pode citar o IPI, IPVA e ICMS, para aquisição de veículo, ainda que este seja conduzido por seus familiares ou representantes, desde que seja utilizado para seu transporte e sua deficiência a impeça de realizar tal ato:

Ora, apesar de a simples interpretação gramatical da norma conduzir o intérprete ao entendimento de que a isenção limita-se às situações em que o veículo será efetivamente conduzido por pessoa com deficiência física, é certo que a sua interpretação sistemática, em conjunto com dispositivos constitucionais que asseguram proteção especial às pessoas deficientes (artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VII; 203, IV e V; 208, III e 227, II e §2º), permite concluir que a isenção deve ser concedida ainda que o veículo venha a ser conduzido por seus familiares, desde que seja utilizado para o seu transporte e sua deficiência física a impeça de realizar tal ato.

Nunca é demais lembrar que a Carta Política de 1988, no art. 150, II, veda aos entes públicos da Federação a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou da função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos e direitos.

Trata-se de projeção na área tributária do princípio da isonomia, constituindo garantia de tratamento uniforme pela entidade tributante de todos que se encontrem condições iguais. (TJ/SP, Processo 1032122-56.2016.8.26.0562.

As decisões acima mencionadas demonstram a nítida aplicação do paradigma da essencialidade dos bens aos contratos celebrados por pessoas com deficiência. Trata-se de contratos existenciais, que na acepção de Antônio Junqueira de Azevedo, têm como partes, de um lado, pessoas naturais que visam com o negócio a sua subsistência e, de outro, pessoas jurídicas com fins lucrativos. (Apud LÔBO, 2011, p. 115) Em tais contratos, estão em jogo direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a saúde, a habitação, reclamando um regime jurídico que respeite estes direitos.

Para além de interpretações meramente literais, deve-se verificar a finalidade do bem adquirido pela pessoa com deficiência, que por sua própria condição de vulnerabilidade, assume um caráter existencial e imprescindível para garantir uma qualidade de vida mínima. No caso de automóveis, independentemente de quem irá dirigir o veículo, o que se pretende é assegurar os direitos ao transporte e à mobilidade, com autonomia, a esse grupo de pessoas, contribuindo de forma significativa para a sua inclusão social.

A exclusão social e jurídica da pessoa com deficiência não se restringe apenas aos bens econômicos, mas alcança ainda a informação e os bens culturais. Com efeito, o artigo 63 do Estatuto estabelece o direito de acesso à informação, exigindo-se que os telecentros e *lan houses* reservem 10% (dez por cento) de seus computadores com recursos de acessibilidade às pessoas com deficiência visual. Os fornecedores públicos e privados devem disponibilizar informações acessíveis sobre produtos e serviços colocados nas relações de consumo, em conformidade com o artigo 69, do Estatuto.

Semelhante regulamentação jurídica decorre de um processo de “mobilização e desmaterialização de riquezas”, segundo o qual a propriedade não se identifica mais apenas com bens materiais, mas que ainda abrange os bens imateriais. A esse respeito importantes são as considerações de Enzo Roppo:

Com o progredir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações económicas, abre-se um processo que poderemos definir como de *mobilização e desmaterialização* da riqueza, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e

especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade (ROPPÓ, 1988, p. 64).

Considerando-se que a relevância de um bem não se deposita apenas no interesse de seu titular, mas, ainda, na tutela reservada a terceiros, que nele encontram uma utilidade, não necessariamente, econômica; que a informação é passível de atender à utilidade de uma pluralidade de sujeitos; e que o bem jurídico não esgota sua relevância no regime de apropriação, mas na utilidade que revela em satisfazer a necessidade humana do conhecimento, (PERLINGIERI, 2008, p. 340-341) arremeta Francisco Amaral que “a informação deixa de ser apenas um bem econômico para ser também um bem jurídico”. (PERLINGIERI, 2008, p. 352)

Garante-se o direito à cultura por meio de “bens culturais em formato acessível”, cuja recusa resta inadmissível, ainda que sob o argumento de proteção da propriedade intelectual. Nesse sentido dispõe o artigo 42 do Estatuto:

Art. 42. A pessoa com deficiência tem direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo-lhe garantido o acesso:

- a bens culturais em formato acessível;

(...)

§ 1º É vedada a recusa de oferta de obra intelectual em formato acessível à pessoa com deficiência, sob qualquer argumento, inclusive sob a alegação de proteção dos direitos de propriedade intelectual.

A conjugação do direito fundamental ao acesso com o direito fundamental à cultura demonstra uma reviravolta na classificação dos bens culturais: de supérfluos passam a úteis, ancorado no interesse existencial da pessoa com deficiência. Ora, vivenciar a experiência da deficiência baseia-se em um rol extenso de desvantagens materiais advindas justamente do fato da sociedade não ter se preparado de forma adequada para a convivência humana em toda a sua diversidade, entre pessoas com atributos diferentes, já que se adotou como parâmetro tão somente o *standart* de pessoa, o padrão vigente. (LEITE; RIBEIRO; COSTA FILHO,

2016, p. 76) Deste modo, assegurar o acesso aos bens culturais à pessoa com deficiência é permitir seu desenvolvimento com autonomia, mediante uma real igualdade de oportunidades.

Respondendo ao questionamento, inicialmente realizado, é possível afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência acolheu o paradigma da essencialidade dos bens. Tal afirmação fundamenta-se nos seguintes fatores: (i) segundo o paradigma da essencialidade, o critério para classificação dos bens é existencial, considerando-se a pessoa que deles se serve. A Lei nº 13.146/2015 deposita este critério em um novo sujeito de direito, a pessoa com deficiência, que é caracterizada, não por um aspecto patológico, mas social, revelado por “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, (Artigo 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo) em que reside sua vulnerabilidade; (ii) o Estatuto da Pessoa com Deficiência rompe com a concepção moderna de propriedade, pautada nas características da exclusividade e da oponibilidade *erga omnes*, que uma vez outorgadas ao seu titular, geravam exclusão de acesso aos bens. Ao recepcionar, em sede infraconstitucional o direito fundamental ao acesso de bens primários ou essenciais, acolhe-se a utilidade existencial como novo critério de classificação dos bens. Deste modo, o acesso à propriedade não é mais determinado pelo consenso e pelo mercado, mas pela utilidade que o seu objeto tem para a pessoa que deles se serve, que pode não ser, necessariamente, o proprietário; (iii) para tanto, a Lei nº 13.146/2015 suscita novos direitos fundamentais de acesso, dentre os quais, o direito à moradia, o direito ao transporte e à mobilidade, o direito à informação e o direito à cultura. Estes últimos conjugam-se com o paradigma da essencialidade, delineando os bens primários ou essenciais, de tal modo que é possível afirmar que na acessibilidade repousa a essencialidade, isto é, a utilidade do bem para a pessoa com deficiência.

CONCLUSÕES

A Lei nº 13.146/2015 operou uma ruptura na teoria dos bens. Tal teoria fora arquitetada pelo Direito Moderno, em torno do direito de propriedade como um direito caracterizado pela exclusividade e pela oponibilidade *erga omnes*. Mas como o seu acesso estava relegado ao consenso dos indivíduos e ao mercado, somente poderia ser proprietário quem pudesse pagar o

preço por ela exigido. Com efeito, o uso exclusivo e a oponibilidade *erga omnes* geraram uma exclusão em seu acesso. Nesta situação, encaixava-se a pessoa com deficiência, não apenas por um critério econômico, mas por um impedimento patológico, que lhe impedia o acesso aos bens.

Na esteira da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a nova Lei receptionou uma nova concepção, social e aberta, de pessoa com deficiência, permitindo que esta se caracterize como tal em face da interação entre os seus impedimentos e as barreiras impostas pela sociedade. Por isso, é possível afirmar que a Lei Brasileira de Inclusão adotou o “paradigma de acesso aos bens primários”, cujo critério para caracterização desses bens, o presente trabalho depositou no paradigma da essencialidade.

Partindo de uma crítica à classificação dos bens, segundo a qual se assenta em um critério patrimonial, delineado pelo Direito Moderno, Teresa Negreiros afirma o paradigma da essencialidade. Segundo esta teoria os bens devem ser classificados em essenciais, úteis e supérfluos, com base em um critério existencial: a utilidade para a pessoa que deles se serve. Para tanto, a autora retira seus fundamentos dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da seletividade dos tributos. Seu propósito foi conferir ao contrato uma nova regulamentação jurídica, segundo a qual ele seja regido pelos princípios da igualdade e do solidarismo, quando estiver em jogo utilidade do bem para o contratante. Passa, então, a se cogitar de contratos existenciais, nos quais uma das partes é marcada pela vulnerabilidade.

Verificou-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência acolheu o paradigma da essencialidade. Eis que ao regulamentar os bens, a nova Lei receptiona, para tanto, o direito fundamental ao acesso, que se relaciona com o direito à moradia, o direito ao transporte e à mobilidade, o direito à informação e o direito à cultura. Eis que tais direitos contribuem para delinear a utilidade existencial dos bens da pessoa com deficiência.

Na seara jurisprudencial, o exame do caso de isenção de impostos para a compra de veículos por pessoas com deficiência, também demonstraram a nítida aplicação do paradigma da essencialidade dos bens aos contratos celebrados por esses indivíduos, cuja doutrina os considera existenciais, em razão de sua vulnerabilidade, por vezes, agravada.

Considerando todo o exposto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acolhe o paradigma da essencialidade para delinear os bens primários ou essenciais, aos quais se garante acesso com autonomia. Nestes termos, a utilidade do bem para a pessoa que deles se serve é o critério

de classificação dos bens, sendo possível afirmar que a essencialidade se traduz em acessibilidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil INTRODUÇÃO**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 22. n.86. Jan/Mar., p. 165-181, 2014.

BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Volume 7, Jan/Março de 2016. p. 20. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume7/rbdcivil_volume_7.pdf.

BRAZZALE, Flávia Balduino. **A pessoa com deficiência e a ruptura no regime das incapacidades**. Belo Horizonte: Arres, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LEITE, Flávia Piva Almeida. RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coords.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil. Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de Direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **Civilistica.com**, n.1, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTEL, Susana Couto; PIMENTEL, Mariana Couto. Acessibilidade como um direito fundamental: uma análise à luz das leis federais brasileiras. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**. v. 13, n. 1 / 2018 p.75-102

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; STEINER, Renata Carlos. O paradigma da essencialidade nos contratos: recensão da obra de Teresa Negreiros. **Revista Direito GV**. São Paulo: Julho/Dezembro de 2008. p. 559-560. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a10v4n2.pdf>.

ROOPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Coimbra, 1988.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. Capítulo 17. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 743-828.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp. 523.971/MG**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Franciulli Netto, julgado em 26/10/2004, DJ 28/03/2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Processo 1032122-56.2016.8.26.0562**. Procedimento Comum- repetição de indébito. Juiz: Leonardo Grecco, julgado em 06/04/2017.

ADAPTIVE LEARNING E EDUCAÇÃO DIGITAL: O USO DA TECNOLOGIA NA CONSTRUÇÃO DO SABER E NA PROMOÇÃO DA CIDADANIA

ADAPTIVE LEARNING AND DIGITAL EDUCATION: THE USE OF TECHNOLOGY IN KNOWLEDGE CONSTRUCTION AND CITIZENSHIP PROMOTION

José Luiz de Moura Faleiros Júnior*

João Victor Rozatti Longhi**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Pedagogia e promoção da cidadania. 1.1 O papel do docente na construção do saber. 1.2 A generosidade como especificidade humana do ensino. 2 Educação digital como nova fronteira do ensino. 3 Coleta de dados, *machine learning* e o mapeamento dos comportamentos humanos. 3.1 Para além do ensino à distância. 3.2 *Adaptive learning* e a ressignificação do ensino. Conclusões. Referências.

RESUMO: Uma evolução exponencial do ensino propiciou o surgimento do ensino à distância (“Ead”), com franca expansão de modais como os *Massive Open Online Courses* (“MOOCs”), plataformas completamente virtuais usualmente oferecidas por renomadas instituições de ensino com cursos de graduação e pós-graduação. O elemento central dessa modalidade de ensino é a presença da Internet como pivô de intermediação das interações entre alunos e docentes, sem o contato direto que viabiliza o diagnóstico das dificuldades individuais do corpo discente. Com base nesta premissa, o problema investigado nesta pesquisa parte do pressuposto de que consequências indesejadas podem existir na sistemática do ensino à distância, exatamente pela redução da interação entre docentes e discentes. Como resposta a isso, a hipótese trabalhada cuida do chamado *adaptive learning*, ou educação adaptada, que se configura pela utilização de inteligência artificial e *big data* para a análise do comportamento individual do discente na tentativa de identificar problemas de

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance*. Participou de curso de extensão em direito digital da University of Chicago. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado.

** Pós-Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor visitante do PPGD da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e de Graduação do Centro de Ensino Superior de Foz do Iguaçu – CESUFOZ. Defensor Público no Estado do Paraná.

Artigo recebido em 17/01/2019 e aceito em 16/06/2019.

Como citar: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. LONGHI, João Victor Rozatti. *Adaptive learning* e educação digital: o uso da tecnologia na construção do saber e na promoção da cidadania. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 487-514. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

assimilação de conteúdo e de compreensão, adaptando os métodos de ensino. A pesquisa utilizará o método de abordagem histórico-sociológico, com análise bibliográfico-doutrinária. Ao final, serão apresentadas as considerações finais, das quais se procurará extrair uma compreensão mais assertiva quanto à problemática explicitada.

Palavras-chave: educação digital. cidadania. *adaptive learning*.

ABSTRACT: An exponential evolution of teaching has led to the emergence of distance education ("EaD"), with a frank expansion of modalities such as the Massive Open Online Courses ("MOOCs"), completely virtual platforms usually offered by renowned educational institutions with undergraduate and postgraduate studies. The central element of this teaching modality is the presence of Internet as the intermediary pivot of interactions between students and teachers, without the direct contact that makes possible the diagnosis of individual difficulties of the student body. Based on this premise, the problem investigated in this research is based on the assumption that undesired consequences may exist in the system of distance learning, precisely by reducing the interaction between teachers and students. In response to this, the hypothesis deals with the so-called adaptive learning, which is shaped by the use of artificial intelligence and big data for the analysis of individual behavior of the student in an attempt to identify problems of assimilation of content and understanding, adapting teaching methods. The research will use the method of historical-sociological approach, with bibliographical-doctrinal analysis. Finally, the final considerations will be presented, from which a more assertive understanding of the explicit problem will be extracted.

Keywords: digital education. citizenship. *adaptive learning*.

INTRODUÇÃO

As especificidades da educação são frequentemente analisadas a partir de abordagens pedagógicas que têm suas raízes na antropologia, sendo papel do pedagogo partir de uma compreensão do conceito de pedagogia, que vem sendo repensado em tempos recentes, para além do modelo clássico.

Na medida em que os cursos de modelo tradicional, em sala de aula, perdem espaço pela rapidez com que os fluxos informacionais ganham corpo e, com o ritmo incessante com que se vislumbram modificações paradigmáticas no tocante ao papel da educação para a superação de um modelo de base puramente econômica, decorrente do capitalismo e que permite dizer que não há igualdade entre a política e a educação, mas mera identidade, surgem novas perspectivas para o ensino, que desafiam o direito na busca por soluções inclusivas e capazes de promover visibilidade, reconhecimento e cidadania.

Para que se possa pensar e repensar a educação, não existem fórmulas mágicas ou receitas prontas, uma vez que a pedagogia do diálogo está centrada em um problema que vai no sentido contrário ao da pedagogia do conflito – aspectos analisados, dentre outros, por Moacir Gadotti. E, nesse sentido, para além das relações existentes entre educação

e sociedade, educação e poder, a ‘nova’ pedagogia surge atrelada ao papel da educação como instrumento de fomento à cidadania inclusiva.

Nesse sentido, a relação professor-aluno – que tradicionalmente decorre de uma reformulação da pedagogia clássica, na qual as interações presenciais dão a tônica da transmissão do conhecimento – se torna ambiente propício para a difusão do saber por outros meios.

Nesse contexto, surgiu o ensino à distância (EaD), propulsionado pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), marcos simbólicos da chamada sociedade da informação. Além disso, a presença da Internet e a evolução da capacidade computacional permitiram a eliminação de fronteiras geográficas e a oferta de cursos virtuais massivos – os *Massive Open Online Courses*, ou MOOCs – por instituições de renome, inclusive estrangeiras, a todo e qualquer estudante-internauta.

Entretanto, e é neste ponto que se situa o problema investigado nesta pesquisa, perde-se a interação entre o docente e o corpo discente, ponto fundamental para que se possa identificar as demandas de aprendizagem de cada estudante, alavancando a transformação social a partir da ação pedagógica e da prática social transformadora decorrente de um quadro de possibilidades concretas que permite situar o educador dentro de um contexto educacional específico e flexível, com possibilidades múltiplas, variadas e dependentes de fatores como tempo e lugar, não se submetendo a regras válidas para sempre e em todos os locais.

Hipotetiza-se que o implemento de determinados modais tecnológicos que são viáveis graças aos algoritmos de Inteligência Artificial e ao tratamento massivo de dados (*Big Data*) é capaz de suprir esta lacuna pedagógica, na medida em que a análise comportamental permitirá que um sistema computadorizado faça o mapeamento das necessidades de aprendizagem de determinado estudante pela análise de suas ações, inações e, de modo geral, de suas interações sistêmicas no que tange ao engajamento, à performance e à satisfação com a metodologia empregada no curso à distância. A partir disso, a ausência física do educador poderá ser suprida para que, com isso, se assegure a ampla difusão do conhecimento e se promova a cidadania – ainda que digitalmente. É o chamado *adaptive learning*.

A prática social transformadora denominada ‘educação digital’ é, portanto, o cerne desta investigação, que tem o objetivo geral de identificar o papel que a tecnologia poderá desempenhar na nova moldagem do ensino enquanto direito fundamental.

Do ponto de vista científico, a pesquisa utilizará o método de abordagem histórico-sociológico, com análise bibliográfico-doutrinária. Ao final, serão apresentadas as considerações finais, das quais se procurará extrair uma compreensão mais assertiva quanto à problemática explicitada.

1 PEDAGOGIA E PROMOÇÃO DA CIDADANIA

O desenvolvimento de faculdades físicas, intelectuais e morais é o papel primordial da educação, que se materializa a partir de recursos conjugados em prol da construção do saber e do desenvolvimento dos talentos e habilidades do indivíduo.

Segundo Émile Durkheim (1978, p. 41),

[a] educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social; tem por objeto suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente, se destina.

Nesse sentido, etapas como o dogmatismo, o ceticismo e o criticismo marcaram a evolução histórica da construção do saber, em uma transição da exploração humana por aqueles que o detinham, em detrimento dos demais, especialmente até certo ponto da Idade Média, com a definição de um novo estamento – termo adequado para se reportar ao período, uma vez que a expressão ‘classe social’ somente se aplica após o surgimento do capitalismo – marcadamente desigual e identificado pelos feudos, pela escravização dos povos conquistados, pela imposição da fé e pela força da espada. (CASTILHO, 2016, p. 22-23)

O advento da Revolução Francesa modifica esse panorama, dando ensejo ao surgimento de um novo período de valorização da educação centrada no indivíduo, com inspiração nas obras de Jean-Jacques Rousseau, particularmente em ‘*Emile, ou l’Éducation*’ (1712), na qual o autor defende que a educação é a maneira de transformar o homem e, assim, transformar a sociedade. E, ao longo dos séculos XVIII e XIX, este pensamento foi lapidado, e o positivismo de Auguste Comte (1896), por exemplo, inspirou uma visão filosófica que atribuía à educação significado amplo e contrário ao que o autor chamou de ‘*l’usurpation algébrique*’, ou seja, a ruptura com o pensamento matemático, exato, fechado.

Avança-se no tempo e, enfim, o desenvolvimento da pedagogia toma corpo ao longo do século XX, com movimentos como a Escola Nova, de Adolphe Ferrière, que inspirou educadores como o português Faria de Vasconcelos, o inglês John Dewey e o brasileiro Lourenço Filho. Para esse movimento, “[a] criança, em vez de fazer algo por obrigação, devia desejar fazê-lo”. (CASTILHO, 2016, p. 25)

Este pensamento ainda lastreou a formação de educadores como Paulo Freire (1996, p. 21), para quem era imperioso “[s]aber que ensinar não é transferir conhecimento, mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção”. Noutros dizeres, o ensino, ressignificado neste novo período, passou a encontrar seu embasamento na instigação da criança à busca do saber e no suprimento espontâneo de suas carências pelo despertar da curiosidade. Segundo Clifford Geertz (2001, p. 186), a criança é “uma mente criando sentido, buscando sentido, preservando sentido e usando sentido; numa palavra – *construtora do mundo*”. E, partindo desta concepção acerca da infância, diversos autores propugnaram um repensar do papel da escola para a promoção da cidadania.

Segundo Michel Foucault (2014, p. 198), a educação deveria servir como um elo do contexto social, rompendo-se com o adestramento escolar e a moldagem de condutas a partir da neutralização do indivíduo. Já Edgar Morin (2000) definiu um rol ao qual atribuiu o nome de ‘sete saberes’. Indo na contramão da pedagogia tradicional, o autor propugnava a valorização do erro como instrumento de aprendizagem (p. 19-31); a intertextualidade (p. 35-38); a compreensão do ser humano em todas as suas dimensões (p. 47-59); a sustentabilidade (p. 63-75); o planejamento em face das contingências da vida (p. 79-90); as interações para a vivência em comunidade (p. 93-102); e a ética (p. 105-113).

Embora não tenha se dedicado de forma profunda a analisar os problemas da educação, é imperiosa a menção à obra de John Rawls, que, por sua vez, descreveu como a mesma ‘retira o véu da ignorância’ e conduz o homem ao uso da razão, o que torna inócuos alguns conceitos como o pertencimento a determinada classe social ou os graus de prosperidade econômica, dotes culturais e talentos individuais que provoquem diferenciação:

Uma característica essencial de uma sociedade bem-ordenada associada à justiça como equidade é que todos os seus cidadãos endossam essa concepção com base no que agora chamo de doutrina filosófica abrangente. Aceitam que seus dois princípios de justiça estejam fundamentados nessa doutrina. (RAWLS, 2000, p. 24).

Os dizeres de Amartya Sen e Jean Drèze (2015, p. 175) também merecem destaque, na medida em que destacam o papel da educação para a alavancagem da liberdade individual como característica democrática do direito ao desenvolvimento:

(...) a necessidade de educação expandiu-se em especial no mundo do comércio globalizado, e o sucesso de economias como a China tem se baseado de forma substancial na capacidade de uma força de trabalho, razoavelmente escolarizada para atender às demandas de controle de qualidade e treinamento de habilidades envolvidas na produção de bens e serviços para o mundo como um todo.

Nesse contexto, o avanço tecnológico representa estágio inescapável da evolução humana, irradiando efeitos irrefreáveis sobre a conjuntura educacional, a ponto de representar riscos na mesma medida em que propicia avanços:

As novas tecnologias proporcionam recursos que podem alavancar muitas das capacidades naturais. Levadas ao extremo, podem nos transformar em algo como supergovernos, superempresas, super-homens e supermulheres. Se há relevantes benefícios, também há risco de grave segregação. Aqueles que dominarem a tecnologia obterão acesso mais amplo às vantagens e benefícios disponíveis do que os demais. (GIOVA, 2015, p. 46)

Com isso, toda a dinâmica muda e o aprendizado passa a se imiscuir às novas tecnologias para deflagrar o desejado desenvolvimento. O papel do docente também adquire novos contornos, demandando aprimoramento constante e adaptação às inovações em igual medida ao incremento da responsabilidade assumida ao, por exemplo, se distanciar dos métodos tradicionais de ensino. E, nesse campo, o ensino à distância (EaD) merece especial análise, na medida em que ressignifica todo o *modus operandi* do educador.

Segundo Laetitia Pfeiffer (2015, p. 35, tradução livre), inaugurou-se uma era marcada por “tantos estímulos e novas interações, tanto em nossos cérebros quanto com outros usuários, que transformam profundamente a maneira como aprendemos e a oferta inerente ao treinamento e aprendizado”.³ É o período no qual educadores dispõem

³ No original: "Autant de stimuli et d'interactions nouvelles, tant au niveau de notre cerveau qu'avec les autres utilisateurs, qui transforment profondément notre façon d'apprendre et l'offre inhérente à la formation et à l'apprentissage."

de dados para a modulação responsiva do ensino às necessidades do educado. Fala-se, inclusive, em modelos de construção do conhecimento baseados em *feedback* (IFENTHALER, 2012, p. 89), o que permite a lapidação de processos educacionais visando à maximização da eficiência na interlocução do saber, ou na propagação da educação digital a partir do treinamento direcionado à tecnologia (*digital skills*) como ferramentas essenciais à inserção e ao pertencimento do cidadão na sociedade da informação (VAN DIJK; VAN DEURSEN, 2014, p. 113).

Tudo isso reforça a necessidade de revisitação dos paradigmas clássicos da estrutura educacional – e do direito fundamental à educação – a partir das novas tecnologias. Mais do que nunca, docentes e discentes podem se beneficiar da inovação para a produção do processo de aprendizagem, mas a percalços a serem considerados.

1.1 O papel do docente na construção do saber

Na visão de Paulo Freire (1996, p. 13-18), a inter-relação entre docentes e discentes desperta olhares para temas que o autor reputa intrinsecamente conectados pela autenticidade exigida para as ações de ensinar e aprender, cujas raízes remontam a uma experiência total, diretiva, política, ideológica, gnosiológica, pedagógica, estética e ética.

É de se destacar que as relações humanas, embora complexas, são elementos fundamentais para a realização comportamental e profissional de um indivíduo, de modo que a análise dos relacionamentos entre professor e aluno envolve intenções e interesses, sendo esta interação o eixo das consequências pedagógicas, pois a educação é uma das fontes mais importantes do desenvolvimento comportamental e elemento agregador de valores aos membros da espécie humana.

Para Moacir Gadotti (2003, p. 105-112), a omissão e a passividade dos educadores, além do mal-estar de quem age de forma inconcebível na democratização do ensino, propiciam uma aferição do papel da escola não pelo seu alto nível educacional, mas pela capacidade que ela tem de reduzir o número dos “mediocres”, com capacidade de elevar o nível dos menos dotados, o que, apesar disso, não é suficiente para democratizar definitivamente o ensino.

Paulo Freire (1987, p. 57) denominava de concepção ‘bancária’ da educação esta sistemática pela qual o educador simplesmente ‘depositava’ comunicados que eram memorizados pelos estudantes, ao invés de se

comunicar. Entretanto, o ensino hodierno está intimamente ligado ao preenchimento das necessidades humanas, definidas por Abraham Maslow (1970) e perfeitamente enquadráveis no contexto da atual sociedade da informação, na qual se impõe o convívio com um novo ambiente chamado ciberespaço, em que a tecnologia atua como um poderoso componente do ambiente de aprimoramento individual.

Nesse contexto,

[o] mundo da tecnologia da informação é um perfeito exemplo dessa questão da complexidade e está bem à frente em relação a desenvolver novas ferramentas e kits. Nas últimas décadas, principalmente com a Internet, foram desenvolvidos inúmeros instrumentos que, além de solucionar problemas, criaram e destruíram diversos modelos de negócios e paradigmas. E tudo indica que chegou a vez do setor educacional. A oferta de ferramentas e soluções está cada vez mais vasta e crescente, e há muita discussão sobre a tão esperada revolução tecnológica no setor, que anima, mas também assusta. (MONTEIRO; CARVINO, 2015, p. 242)

São tantas novas tecnologias que o papel clássico do professor está sendo deixado de lado, e o ensino tem se tornado, cada vez mais, uma atividade individual e solitária. Ademais, vivencia-se uma época de incertezas sobre o futuro, o que acarreta uma alteração sensível no plexo de atividades desenvolvidas para a construção do conhecimento, gerando preocupações quanto ao processo de ensino e aprendizagem, especialmente no que tange à figura do professor e à sua relação com os alunos.

1.2 A generosidade como especificidade humana do ensino

Segundo Freire (1996, p. 24-25), não se deve ter como cerne do ensino e da aprendizagem somente o conhecimento resultante da absorção de informações, mas também o processo de construção da cidadania do aluno, que, para este autor, se dá através da liberdade na busca pelo saber. Para que isto ocorra, é necessária a conscientização do professor de que facilitar a aprendizagem de seus alunos lhe possibilita estar aberto a novas experiências, compreender o mundo em que seus estudantes estão inseridos e, também, construir uma relação empática aos sentimentos e aos problemas de cada um para que possa tentar conduzi-los à autorrealização.

Basicamente, simplificar o conhecimento científico sem mudar seu conteúdo essencial gera sua popularização e aproxima o aluno de algo

antes desconhecido, e, neste contexto, se situa a chamada generosidade pedagógica. Segundo o autor, a construção do conhecimento não pode ser entendida como algo individual. (FREIRE, 1996, p. 36)

O conhecimento é produto da atividade e das relações humanas, sendo marcado social e culturalmente. Na relação professor/aluno, o professor tem um importante papel, que consiste em agir como intermediário entre os conteúdos da aprendizagem e a atividade construtiva para a assimilação dos mesmos, não podendo se negar ao dever de, em sua prática docente, reforçar a capacidade crítica do educando, bem como sua curiosidade e sua insubmissão, devendo abraçar, como uma de suas tarefas primordiais, o trabalho realizado com rigor e método para que consiga aproximar os discentes e lhes dar condições de adquirir um intelecto memorizador.

Nota-se o resguardo da imprescindibilidade da pesquisa, ou seja, na visão de Freire (1996, p. 14), não há ensino sem prévia pesquisa, o que implica dizer que uma das condições necessárias ao pensamento correto, do ponto de vista da educação, é a inquietude, o afastamento da certeza e dos dogmas. Ensinar, aprender e pesquisar, na visão do autor, implicam uma interação com esse elemento essencial.

Para isso, o acesso à informação se torna especialmente importante para propiciar a formatação de uma nova fronteira do ensino. E, graças a isso, a presença das Tecnologias da Informação e Comunicação dão novos contornos ao retrato hodierno da aprendizagem, que deve ser transversal e dinâmico, contemplando o ensino em sala de aula e o estudo doméstico como estruturas complementares de aprofundamento acadêmico⁴, especialmente em função da presença da Internet e da necessidade de aprimoramento de habilidades digitais para a formação do estudante.

2 EDUCAÇÃO DIGITAL COMO NOVA FRONTEIRA DO ENSINO

Após breve digressão histórica e conceitual, chega-se à contemporaneidade, marcada pelo fenômeno da ‘turboglobalização’, que, nos dizeres de Gonçal Mayos-Solsona (2016, p. 41), simboliza a gênese dos chamados “fenômenos-inter”, como a interconstitucionalidade

⁴ Nos dizeres de Jan van Dijk e Alexander van Deursen (2014, p. 120): “*Pupils and students learn digital skills both at schools and outside of school, primarily at home. In terms of learning, the two environments are quite different. The skills at school are directed by teachers and the educational goals of formal curricula. The skills outside of classrooms, mainly at home, are learned by pupils or children themselves, sometimes guided by their parents.*”

e a interculturalidade, permeadas pelo amálgama de uma verdadeira multifilosofia que rompe com a noção clássica de nacionalidade e traz ressignificações a um mundo “*organizado a través de instituciones onódulos, que necesitan funcionar en constante vinculación y comunicación, y que solo puede definirse detalladamente en función de essas vinculaciones*”.

Ávido estudioso da cultura oriental, particularmente da chinesa, François Jullien (2008) ainda aborda a pertinência da esmiuçada conceituação da palavra ‘tradição’, que é relevante para comparar culturas, embora não o seja para descrever uma delas a partir de seu interior, o que se contrapõe, no raciocínio do próprio autor, ao pensamento de Michel Foucault, defensor de uma abordagem sobre o tema que parte de uma perspectiva exterior.

Tais premissas remetem, ainda, à tríade de noções acerca do universal, do uniforme e do comum, que se sobrepõem ao óbvio, mas em planos diferentes, na formatação do pensamento. O autor realiza, especialmente em seu capítulo XIII, uma abordagem conclusiva e crítica do que se entende por universal, empreendendo um raciocínio em sua construção conceitual com o intuito de não o tornar prisioneiro das opiniões e da imprecisão das boas intenções:

1. Há certamente alguma audácia em fingir atacar essas noções – de forma frontal, resumida. Mas elas logo serão iluminadas entre eles graças às tensões que elas organizam. Entre o universal e o uniforme: o mundo de hoje parece confundi-los. Pois parece desejável que o uniforme sirva apenas para dobrar o universal e fortalecê-lo; que ele se contenta em prolongar os efeitos e torná-los manifestos. Mas acredito que é o contrário; e que essa oposição, na era da globalização, se torna crucial. (...) Enquanto o universal está "voltado" para o Um – *uni-versus* – e expressa uma aspiração para ele, o uniforme é, deste, apenas uma repetição estéril. Para dizer a verdade, a natureza deste "um" tem-se, sem aviso, completamente derrubada de um para o outro: não é mais o eminente, transcendente (enredo) converte a mente a sair da dispersão dos diversos (*di-versus*); mas a regularidade e séries reduzidas, completamente amortizadas, áridas e consistentes.⁵ (JULLIEN, 2008, cap. XIII, E-book)

⁵ No original: “*I. Il y a certainement quelque audace à prétendre attaquer ainsi ces notions – de front, de façon sommaire. Mais elles ne tarderont pas à s'éclairer entre elles grâce aux tensions qu'elles organisent. Entre l'universel et l'uniforme : le monde paraît aujourd'hui les confondre. Car il semblerait volontier que l'uniforme serve seulement à doubler l'universel et à le renforcer ; qu'il se contente d'en prolonger les effets et de les rendre manifestes. Or je crois plutôt qu'il en est l'inverse ; et que cette*

A quebra dos modelos tradicionais conduz ao nascimento de novas propostas, sendo um fato insofismável que diversas inovações tecnológicas estão mudando drasticamente o modo como o ensino é realizado, e isto tem ocorrido em um ritmo incessante na transição da *web 3.0*⁶ para a *web 4.0* e para a Internet das Coisas (LONGHI; FALEIROS JÚNIOR, 2019, p. XVIII), principalmente após a segunda década do século XXI e devido ao advento de plataformas como os *Massive Open On-Line Courses*, ou MOOCs:

Apesar de ser possível observar alguns substitutos para a lousa, giz e saliva, ainda persiste o modelo de “tamanho único”. Os ambientes virtuais de aprendizagem – como os *Massive Open On-Line Courses* (“MOOC”), plataformas completamente *on-line* oferecidas, na maioria das vezes, por grandes e renomadas universidades que oferecem cursos de graduação, *lato sensu*, e até mesmo *stricto sensu*, para alunos em qualquer lugar do globo – continuam como uma versão da sala física, agrupando indivíduos com necessidades diferentes e que recebem o mesmo tipo de educação. Mesmo nestes modelos de educação à distância, é possível observar o mesmo padrão sendo reproduzido. O que muda apenas é o contexto (separação temporal e física) e a presença de uma interface mediadora da interação entre alunos e professores. Contudo, por volta de 2010, começaram a surgir inovações de fato disruptivas, que chacoalharam o setor educacional e têm o condão de mudar significativamente a forma como educamos. (MONTEIRO; CARVINO, 2015, p. 244)

opposition, à l'époque de la mondialisation, devient cruciale. (...) Tandis que l'universel est "tourné" vers l'Un – uni-versus – et traduit une aspiration à son égard, l'uniforme n'est, de cet un, qu'une répétition stérile. À vrai dire, la nature de cet "un" a elle-même, sans crier gare, complètement basculé de l'un à l'autre : celui-ci n'est plus l'Un éminent, transcendant (plotinien), auquel se convertit l'esprit pour sortir de l'éparpillement du divers (du di-versus) ; mais l'un réduit, complètement amorti, aride, de là régularité conforme et de la série".

⁶ Também chamada de *web semântica*, é descrita há tempos pela doutrina como a Internet capaz de propiciar a educação aberta (*open education*): “*Web 3.0—Semantic Web, which is currently emerging, will add intelligence via natural language processing, data-mining, machine learning, and other artificial intelligence Technologies... The Web 3.0 will be attentive to and even predict user needs and behavior to provide richer and more meaningful and useful interactions. As such, it holds much promise for OE [open education]. OE 3.0 projects will not just develop and deliver open content to students; they will also monitor student interactions with it, analyze those interactions, and then send rich feedback not only to the students about their learning, but also to the communities of curriculum builders, authors, and instructors to drive iterative improvement of the learning materials.*” (BARANIUK, 2008, p. 242)

É certo que “a escola dos séculos XIX e XX foi uma importante instituição difusora de uma sociedade letrada e, agora, adentra o século XXI com novos desafios, porquanto a sociedade baseada na escrita está rapidamente se transformando em uma sociedade informática”. (MENESES; JIMENE, 2015, p. 67) A capacidade de inteligência coletiva se presta a grupos de usuários da Internet que trabalham juntos de forma criativa para construir ideias, se valendo de *software* e aplicativos, normalmente sem um senso claro de propriedade individual. Esse novo meio participativo, em essência, almeja à formação de um “conhecimento comum”, que está no cerne dos movimentos de recursos educacionais abertos (*open educational resources*, ou OER) e cursos abertos (*open courseware*, ou OCW). (RHOADS, 2015, p. 11-14)

Diante disso, é preciso ressaltar que as relações sociais e pedagógicas, assim como os benefícios e malefícios trazidos pelas Tecnologias de Informação e Comunicação, são desdobramentos de comportamentos da própria sociedade, e não consequências da simples existência da Internet. Segundo Renato Poltronieri (2015, p. 104), “[e]sse deve ser o papel da escola e dos educadores dentro de suas áreas de atuação: definir, refletir, instituir e coordenar o cumprimento das regras que forem impostas”. Para isso, o uso de plataformas como os MOOCs se apresenta como oportunidade única. (Cf. HABER, 2014, p. 19-25)

Há desafios, uma vez que a relação travada no ciberespaço demanda, antes de qualquer outro elemento, a confiança. Transpor os relacionamentos interpessoais para o ambiente virtual impõe considerar a necessidade de checagem de identidade do estudante, por exemplo, para a validação das atividades realizadas; e, de igual modo, não se pode desconsiderar a possibilidade de automatização/padronização do modo de atuar dos educadores, com repetição de aulas e materiais previamente produzidos a um público indistinguível de interessados. (PFEIFFER, 2015, p. 81 *et seq*)

A ascensão dos MOOCs, especialmente nos anos de 2011 e 2012 – a partir de plataformas como a *EdX*, fundada por pesquisadores do MIT e de Harvard, e a *Coursera*, lançada a partir de uma parceria das Universidades de Princeton, Michigan e Pennsylvannia, nos Estados Unidos da América, produziu entusiasmo imediato, desencadeando uma corrida pelo lançamento de cursos – gratuitos ou pagos, com ou sem certificação – e despertando olhares para um mercado emergente. (WAKS, 2016, 42-43)

Essa tendência acarretou impactos que foram sentidos rapidamente. Tais plataformas logo atraíram muitos usuários: a *EdX*, por exemplo, chegou ao patamar de 1,6 milhão; a *Coursera*, por sua vez, rapidamente chegou a 1 milhão. (PFEIFFER, 2015, p. 86-87) Tudo isso foi propulsionado pela alavancagem dos recursos de ensino (OERs)⁷ e pelo surgimento das licenças Creative Commons (CC)⁸, que permitiram a produção e propagação de conteúdos de modo facilitado pela *web*, sem, contudo, inviabilizar a exploração econômica de atividades de ensino à distância (EaD) com resultados cada vez mais eficientes e moldados às preferências dos usuários.

3 COLETA DE DADOS, MACHINE LEARNING E O MAPEAMENTO DOS COMPORTAMENTOS HUMANOS

A presença da Internet alterou sobremaneira as relações humanas, despertando um fenômeno individualista e que restringe o escopo desejadamente ampliativo do acesso à informação, de modo que o mapeamento de interesses e da própria atenção passou a nortear o refinamento de conteúdos direcionados e algoritmizados, como alertam Bauman e Raud (2018, p. 120):

Numerosas pesquisas têm mostrado que os usuários devotados à internet podem passar, e de fato passam, grande parte de seu tempo, ou mesmo a totalidade de sua vida *on-line*, relacionando-se unicamente com pessoas de mentalidade semelhante. A internet cria uma versão aperfeiçoada dos “condomínios fechados”: ao contrário de seu equivalente *offline*, ela não cobra de seus residentes uma taxa exorbitante, nem precisa de guardas armados e sofisticadas redes de TV em circuito fechado; tudo que necessita é da tecla “deletar”.

⁷ Com efeito: “*As the OER movement expanded in reach, it was hardly surprising that academic materials associated with a college or university course eventually were included as resources openly available to online users. The emergence of the OCW movement then may be understood as an extension or outgrowth of OER. Such a perspective is consistent with definitions of OER, wherein the range of materials to be available go far beyond course materials and include such digitized items as software, papers, monographs, animations, simulations, games, and so forth.*” (RHOADS, 2015, p. 15)

⁸ Sobre o tema: “O Creative Commons é um projeto criado pelo professor Lawrence Lessig¹ e que tem por objetivo ‘expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, compartilhando-as. Isso é feito através do desenvolvimento e disponibilização de licenças jurídicas que permitem o acesso às obras pelo público, sob condições mais flexíveis.’” (BRANCO, 2020, p. 686)

A prática da mineração de dados (*data mining*, na expressão em inglês) é o processo pelo qual se explora uma enorme quantidade de dados no intuito de se encontrar padrões, agrupar dados, criar perfis ou tentar prever eventos variados para que se possa evitá-los ou solucioná-los da melhor maneira. O aprendizado de máquinas é definido, dentre muitos, por Ethan Jost e Morten Christiansen (2017, p. 227-230, tradução livre)

A capacidade de rastrear e aprender dependências probabilísticas entre elementos parece ser uma propriedade da maneira que os humanos aprendem em vários domínios. Se os elementos são tons, sílabas, unidades com palavras, cenas visuais, ou estímulos audiovisuais complexos, os seres humanos são capazes de aprender sobre a estrutura estatística subjacente à sua coocorrência. Essa evidência aponta para o aprendizado estatístico como um processo geral robusto de domínio, provavelmente implementado em redes neurais específicas da modalidade, baseadas em princípios computacionais semelhantes.⁹

A rigor, tais informações constroem o que se convencionou chamar de *Big Data*, que nada mais é que um enorme banco de dados no qual se armazena todo tipo de informação para que, posteriormente, se trabalhe com enormes bancos de dados, cruzando as informações coletadas através de algoritmos que oferecem possibilidades variadas de previsão de eventos futuros e, ainda, condições para identificar correlações de dados a partir de causalidades complexas. Noutros termos, o aprendizado de máquina (*machine learning*) opera por computadores programados para otimizar critérios de desempenho usando dados de exemplo ou experiências anteriores. (ALPAYDIN, 2010, p. 4-5)

Tudo é operacionalizado por modelos definidos a partir de parâmetros pré-estabelecidos, e o aprendizado se dá a partir da execução de fórmulas matemáticas (os algoritmos) que visam otimizar os parâmetros do modelo usando os dados de treinamento ou a experiência passada. (GOETTENAUER, 2019, p. 282) O modelo pode ser preditivo para fazer previsões no futuro, ou descritivo para obter conhecimento dos dados, ou ambos, e o aprendizado de máquina se vale da teoria da estatística na

⁹ No original: “*The ability to track and learn probabilistic dependencies between elements seems to be a property of the way that humans learn in multiple domains. Whether the elements are tones, syllables, wordlike units, visual scenes, or complex audiovisual stimuli, humans are able to learn about the statistical structure underlying their co-occurrence. This evidence points toward statistical learning as a robust, domain-general process, likely implemented in separate modality-specific neural networks relying on similar computational principles.*”

construção de modelos matemáticos porque a tarefa principal é inferência de uma amostra prévia, daí a necessidade de acumulação de dados para que se tenha o adequado refinamento algorítmico. (HAND; MANNILA; SMYTH, 2001, p. 427 *et seq*)

Nesse compasso, o papel da ciência da computação passa a apresentar dupla faceta: primeiro, no treinamento, precisa-se de algoritmos eficientes para resolver o problema de otimização, além de armazenar e processar a enorme quantidade de dados que geralmente se tem; segundo, depois que um modelo é aprendido, sua representação e solução algorítmica para inferência também precisam ser eficientes. Em certas aplicações, a eficiência do algoritmo de aprendizagem, a saber, sua complexidade de espaço e tempo, pode ser tão importante quanto sua precisão preditiva. Em suma, são muitas as possibilidades de análise estatística a partir do *Big Data*, normalmente se valendo de amostragens. Quanto maior o banco de dados, maior é sua confiabilidade e, consequentemente, mais precisa será a aferição obtida pelo algoritmo utilizado na testagem proposta.

E é justamente por depender de quantidades colossais de informações que os bancos de dados de *Big Data* não podem ser superestimados, fator que também contribui para que corporações que operam com o trato da informação invistam enormes montas na coleta de dados e no incremento de suas plataformas digitais, afinal, quanto maior a amostragem, mais valioso será o sistema e melhor se poderá explorá-lo. “*It takes a planet*” (é necessário um planeta’), segundo Eric Topol e Kai-Fu Lee (2019, p. 858), em metáfora que bem ilustra a quantidade avassaladora de dados que um sistema precisa coletar e tratar para ser considerado confiável e para que possa desenvolver algoritmos refinados.

Nesse contexto, a mineração de dados, quando visa às análises comportamentais, vem sendo utilizada nas mais variadas aplicações, variando desde os cuidados médicos até o perfilamento do mercado de ações, às pesquisas macroeconómicas e de consumo, ou mesmo visando à garantia da segurança nacional. No que toca à publicidade, por exemplo, já é uma realidade inescapável a presença das catalogações algorítmicas, conforme se infere das lições de Tim Wu (2016, p. 267):

Google e algumas outras empresas da Costa Oeste demonstraram que a publicidade na Web não era apenas um exagero: havia dinheiro real para ser revendido e atraído pela Internet. Mas o Google colocou efetivamente o Google

AdWords no controle remoto; permaneceu muito mais atenção a ser colhida à maneira antiga. (tradução livre).¹⁰

Marshall McLuhan (2007, p. 84) dizia que, “[a]o se operar uma sociedade com uma nova tecnologia, a área que sofre a incisão não é a mais afetada. A área da incisão e do impacto fica entorpecida. O sistema inteiro é que muda”. Nesse contexto, é preciso ter em mente que, “enquanto a análise de *Big Data* proporciona a possibilidade de relevar correlações entre os mais distintos eventos, ela não fornece a causa desses eventos”. (MONTEIRO; CARVINO, 2015, p. 245).

É preciso ressaltar, ainda, o desconhecimento dos cidadãos quanto às operações de coleta, tratamento e armazenagem de dados, que conduz à necessidade de que sejam criados marcos regulatórios como mecanismos necessários para assegurar a plena liberdade do indivíduo na sociedade da informação. Merecem específica menção a iniciativa europeia denominada Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), editada em 27 de abril de 2016 e implementada em 25 de maio de 2018, e, no Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (a Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD).

O escopo dessa proteção normativa é a “promoção de um equilíbrio entre os valores em questão, desde as consequências da utilização da tecnologia para o processamento de dados pessoais, suas consequências para o livre desenvolvimento da personalidade, até a sua utilização pelo mercado”. (DONEDA, 2006, p. 407)

Por sua vez, o enquadramento da proteção de dados pessoais nasce como um contraponto necessário à privacidade, sendo ponderada por Bruno Bioni (2019, p. 92-93) a necessidade de proteção do livre desenvolvimento da personalidade como uma liberdade positiva, em contraste à própria privacidade, vista como liberdade negativa. Evidentemente, há grande preocupação com a preservação de dados pessoais, que são armazenados e gerenciados por empresas externas nos processos de gestão das plataformas de ensino digital que se valem de mineração de dados e algoritmos. (PORTER, 2015, p. 126-127).

Firme nesta premissa, infere-se que as plataformas virtuais vêm sendo desenvolvidas em, basicamente, três frentes: (i) *educational data mining*, que nada mais é que a mineração de dados voltada especificamente para a educação; (ii) *learning analytics*, ou análise de aprendizado; (iii)

¹⁰ No original: “Google and a few other West Coast companies had demonstrated that web advertising wasn’t just hype: there was real money to be made reselling attention captured by the Internet. But Google had effectively put AdWords on the remote control; there remained a lot more attention to be harvested the old-fashioned way.”

adaptive learning, ou aprendizagem adaptada. (MONTEIRO; CARVINO, 2015, p. 246) Este trabalho buscou a aferição mais detalhada da terceira delas, que tem conotação pedagógica e aptidão inclusiva, se coadunando com o fundamento constitucional da cidadania. Porém, é importante pontuar breves linhas sobre as outras duas.

Segundo Renato Monteiro e Fabrício Carvino (2015, p. 246), denomina-se *educational data mining* a identificação de padrões nos comportamentos dos estudantes, com base em algoritmos voltados à tentativa de prever certas ações ou inações. Um exemplo disso é a predição do abandono de determinada disciplina pelo aluno. Ainda, podem ser realizadas operações de coleta de dados relacionados a fatores sociodemográficos para aferir que efeito podem ter no desempenho discente. Por fim, o mapeamento de ações que propiciam tédio e frustração em sala de aula pode ser o escopo de um algoritmo que pretenda elevar o nível de engajamento geral durante uma aula. Por outro lado, o que se convencionou denominar de *learning analytics* nada mais é que a aplicação de modelos e estudos já definidos para melhorar a experiência de aprendizado, tais como os conteúdos (tópicos e subtópicos) de que um determinado aluno necessita para aprofundar sua curva de absorção.

Fato é que, com tais dados, um docente conseguirá mapear melhor as carências de cada discente e traçar um plano mais assertivo para suscitar o engajamento em sala de aula e obter melhor performance de cada um. Entretanto, volta-se à questão: para que o emprego de tais dados seja efetivo, não se pode prescindir da presença do professor em sala de aula.

O problema apresentado na pesquisa reside justamente na necessidade de equacionamento dessa imprescindibilidade em face da tendência cada vez mais gravosa de distanciamento entre docente e discentes, justamente pela utilização das plataformas virtuais. Nesse contexto, é preciso ir muito além do emprego de técnicas para a oferta do ensino à distância como mero viés de propagação de um serviço de alavancagem de ganhos, e o *adaptive learning* pode ser a resposta para esse equacionamento.

3.1 Para além do ensino à distância

Diante de todos os delineamentos apresentados anteriormente, se constata que o uso da tecnologia para meros fins de difusão do acesso a aulas ministradas à distância, em que pese tenha contribuído para a

ampliação do leque de opções de cursos para a sociedade em geral, também trouxe seus percalços.

O ensino à distância, efetivamente, distanciou professor e aluno, alterando sobremaneira esta inter-relação pela qual se tinha, na modelagem tradicional das salas de aula, um convívio virtuoso de aprendizagem e crescimento.

A euforia dos MOOCs, na segunda década do século XXI, é uma evidência desse fenômeno, pois os mesmos facilitam o acesso da população a um ensino gratuito ou muito barato, mas massificado e desconectado do propósito maior da pedagogia: a construção verdadeira do saber, núcleo essencial do direito fundamental à educação. Noutros termos, uma avalanche de opções de estudo a partir de cursos padronizados – embora tenha o propósito louvável de facilitar o acesso à informação –, peca em seu propósito de igualar exatamente porque acarreta desigualdades.

Nesse ponto, válida a crítica de Leonard Waks (2016, p. 118, tradução livre):

O conceito de investir na faculdade para obter emprego profissional estável com salário decente, segurança, estabilidade e benefícios não é mais válido. Os custos são muito altos e os trabalhos estão desaparecendo. A situação está, portanto, propícia a uma nova visão do ensino superior em sintonia com as realidades contemporâneas. Aqui eu quero delinear essa visão. Muitas oportunidades de aprendizado gratuitas ou baratas sempre foram disponibilizadas. Essas oportunidades, no entanto, ficam desvalorizadas quando os diplomas são usados como filtros de emprego – uma das principais causas de desigualdade nas sociedades modernas.¹¹

Sem dúvidas, os MOOCs trouxeram grande entusiasmo em sua gênese¹² – algo comum quando se fala sobre qualquer tecnologia disruptiva

¹¹ No original: “*The concept of investing in college to gain steady professional employment with decent wages, job security and benefits is no longer valid. The costs are too high, and the jobs are disappearing. The situation is thus ripe for a new vision of higher education in tune with contemporary realities. Here I want to outline such a vision. Many free or inexpensive learning opportunities have always been available. These opportunities, however, become devalued when diplomas are used as job filters – a prime cause of inequality in modern societies.*”

¹² Para exemplificar, tem-se a posição de Laetitia Pfeiffer (2015, p. 204-205): “*Les autres établissements feront évoluer leurs cours vers des modèles en ligne payants et accrédités par des labels, qui permettront aux salariés de décrocher des badges ou des certificats reconnus. Les MOOC interrogent les acteurs de la formation sur l’ensemble des sujets impactés : le mixte contenus externes (MOOC académiques) et contenus internes (interviews d’experts de l’entreprise), la valorisation des badges et diplômes, le rôle de coach/animateur du département Formation, des universités d’entreprise et des*

e sobre a inovação em geral –, impondo novas reflexões sobre o papel da Internet na efetivação do direito fundamental à educação. Entretanto, o ceticismo mencionado por Waks não ecoa isoladamente. Outros estudiosos também indicam essa desconfiança, a exemplo de Robert Rhoads (2015, p. 148, tradução livre): “Com o tempo, espero que o movimento MOOC seja definido por sua zelosa experimentação de alta tecnologia na educação *on-line*, apoiada por um certo ceticismo sobre o papel da tecnologia na solução de nossos problemas educacionais mais desafiadores.”¹³

É preciso revisitar este tema para que, em não sendo possível retroceder em termos de utilização da tecnologia para a difusão do ensino à distância, ao menos se possa implementar ferramentas adequadas para ressignificá-lo e suprir este distanciamento criado. É neste contexto que o *adaptive learning* ganha especial relevância.

3.2 *Adaptive learning* e a ressignificação do ensino

Os estilos individuais de aprendizagem são variáveis e se configuram sob inúmeras facetas que podem ser enfrentadas de modo a que se propicie uma melhor compreensão das necessidades particulares de cada estudante. Nesse sentido, Isabel Bariani (1998, p. 33-34) afirma que os conceitos de estilos cognitivos e de aprendizagem vêm sendo analizados de forma concomitante na literatura e empregados por pesquisadores e teóricos sem uma imprescindível discriminação entre um e outro.

Por essa constatação, percebe-se a importância da simplificação das dimensões em que tais assimilações ocorrem a fim de que seja viável a aplicação prática de modelos pré-determinados de ensino. Primeiramente, tem-se a holística contraposta à analítica, em referência ao modo como um indivíduo tende a organizar a informação – se em partes ou na totalidade. Ainda, a dicotomia entre a averiguação verbal e a imaginativa, que se refere à inclinação de um indivíduo a representar a informação, durante o processo de pensamento – se verbalmente ou através de imagens mentais. (BECHARA; HAGUENAUER, 2010, p. 6)

managers, le poids de la formation continue, la force d'apprentissage des communautés d'apprenants, la reconnaissance nationale des diplômes obtenus dans l'entreprise sur ces nouvelles plateformes interactives. Les premiers projets COOC ont des effets positifs sur la manière d'apprendre, de créer ou recréer du lien dans les entreprises qui les ont adoptés, et d'instaurer de l'intelligence collective.”

¹³ No original: “In time, I expect that the MOOC movement will be defined by its zealous high-tech experimentation in online education countenanced by a degree of skepticism about the role of technology in solving our most challenging educational problems.”

Na psicologia, é possível encontrar grande rol de abordagens para a categorização das características individuais relacionadas ao aprendizado, sendo mister a indicação do método de classificação dos tipos psicológicos de Myers-Briggs (*Myers-Briggs Type Indicator*), que se baseiam nos estudos de Carl Gustav Jung (1991) e propõem a delimitação de perfis pelos quais seria mais viável o mapeamento de aptidões e dificuldades (MYERS; MYERS, 1997, *passim*). A partir disso, ou seja, da atividade de traçar perfis (técnica identificada pela palavra inglesa *profiling*), se torna possível a implementação de mecanismos de *adaptive learning*. (GASPARINI; PIMENTA; EYHARABIDE et al, 2012, p. 187-190.)

Segundo Campos (2014), a expressão inglesa foi proposta pelas empresas norte-americanas *Knewton*, *EdSurge* e *DreamBox*, que, visando à catalogação de uma infinidade de materiais educacionais digitalizados, como livros, apresentações, roteiros, resenhas e exercícios, vislumbraram a possibilidade de que, através do aprendizado adaptativo, fosse possível adotar novas formas para que os estudantes pudessem aprender, uma vez que um programa de computador poderia mapear as aptidões de cada um e oferecer o material que melhor conviesse para que a assimilação do conteúdo ocorresse da melhor forma.

Através do *adaptive learning*, tem-se “o registro do estilo cognitivo de cada aluno numa base de dados (MySQL) e a adaptação da interface (*framework*) de recursos e atividades do curso ao estilo do aprendiz”. (BECHARA; HAGUENAUER, 2010, p. 7)

Contudo, há desafios:

- a. Não é tão simples desenvolver algoritmos que se propõem a fazer tais análises sofisticadas. Como tecnologia não está no cerne de empresas de educação, no geral são *startups* que desenvolvem plataformas virtuais que oferecem o recurso. Muitos produtos de *Adaptive Learning* ainda estão em fase de experimentação e outros que já são oferecidos no mercado, são bem caros.
- b. É necessária uma quantidade muito grande de conteúdos e objetos de aprendizagem. Para personalizar adequadamente a aprendizagem de cada aluno, levando em consideração as diferentes disciplinas, preferências dos alunos e seus diferentes níveis de dificuldade, o espectro de conteúdos a serem produzidos é vasto e isto torna proibitiva a adesão da tecnologia.
- c. É necessário também construir a relação pedagógica entre competências, objetos de aprendizagem e objetos

de avaliação. Nem todos os currículos são padronizados, desta forma, não é tão simples alimentar os algoritmos com informações pedagógicas acerca do que deve ser aprendido e como medi-lo de maneira eficiente. (MONTEIRO; CARVINO, 2015, p. 247)

Além dos embaraços técnicos e de escalabilidade de uma plataforma de *adaptive learning*, para que seja possível esta transformação no modelo atual de ensino e aprendizagem à distância, percebe-se que a eficiência da plataforma necessita de um amplo conjunto de informações e mídias diversas, constantemente atualizadas e diversificadas. (WHITESON, 2017, p. 95-104) Além disso, exige-se grande infraestrutura e poder computacional para que seja viável o atendimento ao volume de acessos simultâneos, e o professor precisa estar especialmente preparado para lidar com as ferramentas postas à sua disposição, pois, apesar de contar com o algoritmo, será ele o responsável pela orientação final do aluno.

Até mesmo a reestruturação dos MOOCs poderia ser repensada à luz do *adaptive learning* se implementadas medidas de recrudescimento da personalização da experiência do estudante. É isso que sugerem Jean-Charles Pomerol, Yves Epelboin e Claire Thoury (2015, p. 114, tradução livre):

Nesse ponto, duas estratégias podem ser consideradas: ou apoiamos a construção de uma rede e/ou fórum que permita aos usuários do MOOC ajudar e encorajar uns aos outros, ou contratamos “tutores”. Quanto à primeira sugestão, a coisa mais simples a fazer é fornecer aos MOOCers locais de encontro nas comunidades locais, onde eles podem encontrar todas as informações sobre MOOCs e possivelmente quiosques para seguir os cursos se eles não tiverem um computador próprio. Em países onde a oferta de ensino superior ou treinamento profissional é insuficiente ou inexistente, o uso de MOOCs não é uma perspectiva utópica; de fato, é uma necessidade urgente que governos e instituições de caridade devem incentivar e até financiar. Como vimos, para que essa estratégia funcione, é importante ter um ou mais tutores baseados localmente, que possam incentivar os participantes a acompanhar o ritmo do curso, comentar e corrigir os exercícios e até adicionar alguns exercícios próprios. Os tutores são muito úteis para ajudar a detectar os erros ou mal-entendidos mais frequentes e também servem como uma interface com a equipe responsável pelo MOOC.¹⁴

¹⁴ No original: “*On this point, two strategies can be envisaged: either we support the*

Evidentemente, uma constatação como essa – que aponta a necessidade de “tutores” locais para o fortalecimento da experiência colhida em um MOOC – apenas reforça a hipótese da presente pesquisa e reinflama o debate em torno das periclitâncias da inovação desregulada.

Por óbvio, a participação constante do estudante é de importância fundamental para o desenvolvimento de qualquer plataforma de ensino, pois, quanto mais frequentes forem as interações com a ferramenta, mais os algoritmos serão capazes de “aprender” sobre as necessidades, aptidões, interesses e dificuldades do aprendiz. E, se o estado da arte da tecnologia ainda não propicia tais resultados com a conjugação adequada de fatores, o elemento humano continua a ser imprescindível.

CONCLUSÕES

Ao longo desta pesquisa, foi possível observar como as especificidades da educação mudaram a forma como as abordagens pedagógicas desafiam um novo olhar sobre o ensino à distância, sendo a educação digital vista como nova fronteira da chamada sociedade da informação. Nesse contexto, o chamado ensino à distância (EaD) foi analisado à luz da doutrina contemporânea do direito digital, com incursões pelos diversos aspectos que orbitam o papel crucial desempenhado pelas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) na mudança de paradigma do ensino hodierno, pelo qual se vivencia o desafio de promover uma reaproximação entre professor e alunos para que as fronteiras geográficas já superadas na difusão do acesso à educação não gere embaraços ao objetivo primordial do ensino: a aprendizagem efetiva.

A partir disso, algumas constatações foram colhidas:

construction of a network and/or forum which enables MOOC users to help and encourage one another, or we provide “tutors”. In terms of the first suggestion, the simplest thing to do is provide MOOCers with meeting places in local communities, where they can find all information regarding MOOCs, and possibly kiosks to follow the courses if they do not have a computer of their own. In countries where the provision of higher education or vocational training is insufficient or non-existent, the use of MOOCs is not a Utopian prospect; in actual fact, it is an urgent need which both governments and charities ought to encourage and even fund. As we have seen, in order for this strategy to work, it is important to have one or more tutors based locally, who can encourage the participants to keep pace with the rhythm of the course, comment on and correct the exercises, and even add some exercises of their own. Tutors are very useful in helping to detect the most frequent mistakes or misunderstandings, and also serve as an interface with the team in charge of the MOOC.”

a) Os chamados *Massive Open On-line Courses*, ou MOOCs – oferecidos por diversas instituições de renome, inclusive estrangeiras, a todo e qualquer internauta – surgiram como uma proposta inovadora para fraquear acesso amplo, gratuito ou barato, com ou sem certificação, pela Internet. Isso acarretou grande empolgação na segunda década do século XXI, colocando em xeque a necessidade de reestruturação das balizas pedagógicas mais tradicionais frente ao (pretenso) poder da tecnologia para a concretização do direito fundamental à educação;

b) Entretanto, na mesma medida em que a tecnologia permitiu maior difusão de cursos pela Internet e, consequentemente, maior alcance – e lucratividade – para as instituições que os ofertam, também ela, a tecnologia, se revelou insuficiente para atender a tais demandas com iniciativas padronizadas e genéricas como os MOOCs, o que demandou o desenvolvimento de técnicas mais refinadas de interação, baseadas em algoritmos e processos de aprendizado de máquina (*machine learning*), tais como o *educational data mining*, o *learning analytics* e o *adaptive learning* – este último tomado como hipótese de pesquisa para a solução do problema elencado no recorte metodológico do trabalho;

c) Após breves reflexões sobre os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais, obtemperou-se a inegável pertinência do *adaptive learning* para a solução do problema sugerido. Entretanto, notou-se a predominância de várias barreiras à sua concretização, variando de entraves técnicos, como a demanda de grande poder computacional e de investimentos no desenvolvimento de programas e algoritmos adequados a cada realidade de ensino, até a necessidade de capacitação dos docentes para o adequado uso dessas ferramentas;

d) Diante da premente necessidade (e das dificuldades) de tornar o *adaptive learning* viável e escalável, conclui-se que é imperiosa a união de esforços entre desenvolvedores de *software*, instituições de ensino e empresas do mercado editorial, além do próprio fomento estatal à utilização de ferramentas deste tipo, para que seja possível a formatação de alianças estratégicas que permitam o atingimento desse desiderato.

REFERÊNCIAS

ALPAYDIN, Ethem. **Introduction to machine learning**. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2010.

BARANIUK, Richard G. Challenges and opportunities for the Open Education Movement: A Connexions case study. In: IIYOSHI, Toru; KUMAR, M. S. Vijay (Eds.). **Opening up education**: The collective advancement of education through open technology, open content, and open knowledge. Princeton: Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching; Cambridge: The MIT Press, 2008.

BARIANI, Isabel Cristina Dib. **Estilos cognitivos de universitários e iniciação científica**. 1998. 146f. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

BAUMAN, Zygmunt; RAUD, Rein. **A individualidade numa época de incertezas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BECHARA, João José Bignetti; HAGUENAUER, Cristina Jasbinschek. Por uma aprendizagem adaptativa baseada na plataforma Moodle. **Revista EducaOnline**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 1-10, jan./abr. 2010.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANCO, Sérgio. As licenças Creative Commons. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). **Direito digital**: direito privado e internet. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

CAMPOS, Newton M. Ensino adaptativo: o *Big Data* na educação. **Estadão**, São Paulo, 26 abr. 2014. Disponível em: <http://blogs.estadao.com.br/a-educacao-no-seculo-21/ensino-adaptativo-o-big-data-na-educacao/>. Acesso em: 13 jan. 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Educação e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COMTE, Auguste. **La synthèse subjective**. Paris: Anthropos, 1856. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9451g.texteImage>. Acesso em: 10 jan. 2019.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DURKHEIM, Émile. **Educação e sociologia**. Tradução de Lourenço Filho. 11. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Tradução de Roberto Machado. 28. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários à prática educativa. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

GADOTTI, Moacir. **Educação e poder:** introdução à pedagogia do conflito. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

GASPARINI, Isabela; PIMENTA, Marcelo; EYHARABIDE, Victoria; AMANDI, Analia; SCHIAFFINO, Silvia; OLIVEIRA, José Palazzo M. de. Improving user profiling for a richer personalization: modeling context in E-Learning. In: GRAF, Sabine; LIN, Fuhua; McGREAL, Rory (Eds.). **Intelligent adaptive learning systems:** Technology enhanced support for learners and teachers. Hershey: IGI Global, 2012.

GEERTZ, Clifford. **Nova luz sobre a antropologia.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

GIOVA, Giuliano. Educação e cidadania digital: nascer, morrer e renascer no mundo digital, onde deixaram o manual? In: ABRUSIO, Juliana (Coord.). **Educação digital.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31-48.

GOETTENAUER, Carlos Eduardo. Algoritmos, inteligência artificial, mercados. Desafios ao arcabouço jurídico. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coords). **Empresa, mercado e tecnologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HABER, Jonathan. **MOOCs.** Cambridge: The MIT Press, 2014.

HAND, David; MANNILA, Heikki; SMYTH, Padhraic. **Principles of data mining.** Cambridge: The MIT Press, 2001.

IFENTHALER, Dirk. Intelligent model-based feedback: Helping learners to monitor their individual learning progress. In: GRAF, Sabine; LIN, Fuhua; McGREAL, Rory (Eds.). **Intelligent adaptive learning systems:** Technology enhanced support for learners and teachers. Hershey: IGI Global, 2012.

JOST, Ethan; CHRISTIANSEN, Morten H. Statistical learning as a domain-general mechanism of entrenchment. In: SCHMID, Hans-Jörg (Ed.). **Entrenchment and the Psychology of Language Learning**: How we reorganize and adapt linguistic knowledge. Berlim: De Gruyter, 2017.

JULLIEN, François. **De l'universel, de l'uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures**. Paris: Fayard, 2008. E-book.

JUNG, Carl Gustav. **Tipos psicológicos**. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 1991.

LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Nota introdutória. In: LONGHI, João Victor Rozatti; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coords.). **Estudos essenciais de direito digital**. Uberlândia: LAECC, 2019.

MASLOW, Abraham Harold. **Motivation and personality**. 2. ed. Nova York: Harper & Row, 1970.

MAYOS-SOLSONA, Gonçal. Nuevos fenómenos-inter: interconstitucionalidad e interculturalidade. In: MAYOS-SOLSONA, Gonçal; CARBONELL, José Carlos Remotti; DÍAZ, Yanko Moyano (Ed.); COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; BORGES, Alexandre Walmott; HENRIQUE JÚNIOR, Moacir (Org.). **Interrelación filosófico-jurídica multinivel**: estudios desde la interconstitucionalidad, la interculturalidad y la interdisciplinariedad para un mundo global. Barcelona: Linkgua, 2016.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 2007.

MENESES, Marcelo Figueiredo de; JIMENE, Camilla do Vale. A tecnologia que permeia a escola: uma breve visão histórica. In: ABRUSIO, Juliana (Coord.). **Educação digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-68.

MONTEIRO, Renato Leite; CARVINO, Fabrício Inocêncio. Adaptive learning: o uso de inteligência artificial para adaptar ferramentas de ensino ao aluno. In: ABRUSIO, Juliana (Coord.). **Educação digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 241-254.

MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. Silva e Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, 2000.

MYERS, Isabel Briggs; MYERS, Peter B. **Ser humano é ser diferente:** valorizando as pessoas por seus dons especiais. Tradução de Eliana Rocha e Ilda Schulter. São Paulo: Gente, 1997.

PFEIFFER, Laetitia. **MOOC, COOC:** la formation professionnelle à l'ère du digital. Paris: Dunod, 2015.

POLTRONIERI, Renato. Internet, sociedade, escola e Estado na era digital: relação jurídica necessária? In: ABRUSIO, Juliana (Coord.). **Educação digital.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93-106.

POMEROL, Jean-Charles; EPELBOIN, Yves; THOURY, Claire. **MOOCs:** design, use and business models. Nova Jersey: John Wiley & Sons, 2015.

PORTER, Sarah. **To MOOC or not to MOOC:** How can online learning help to build the future of higher education? Waltham/Kidlington: Chandos, 2015.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RHOADS, Robert A. **MOOCs, high technology, and higher learning.** Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Émile, ou de l'Éducation.** La Haye: Jean Néaulme, 1712, t. I. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8614553x/f1.image>. Acesso em: 09 jan. 2019.

SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. **Glória Incerta:** a Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Leila Coutinho. São Paulo: Cia. das Letras, 2015.

TOPOL, Eric; LEE, Kai-Fu. It takes a planet. **Nature Biotechnology,** Nova York, v. 37, p. 858-861, ago. 2019.

VAN DIJK, Jan; VAN DEURSEN, Alexander. **Digital skills:** unlocking the information society. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.

WAKS, Leonard J. **The evolution and evaluation of Massive Open Online Courses:** MOOCs in motion. Londres: Palgrave Macmillan, 2016.

WHITESON, Shimon. **Adaptive representations for reinforcement learning.** Berlim/Heidelberg: Springer Verlag, 2017.

WU, Tim. **The attention merchants**: the epic scramble to get inside our heads. Nova York: Vintage, 2016.

CONFLITOS ENTRE O DEVER DO ESTADO À PRESTAÇÃO DE SAÚDE UNIVERSAL E A LIBERDADE RELIGIOSA DE TESTEMUNHA DE JEOVÁ: ESTUDO DE CASO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N° 979742/AM

CONFLICTS BETWEEN THE STATE'S DUTY TO THE UNIVERSAL HEALTH BENEFIT AND THE RELIGIOUS FREEDOM OF JEOVÁ'S WITNESS: STUDY OF CASE TO “RECURSO EXTRAORDINARIO N° 99742/AM”

Danilo Henrique Nunes*

Adriana Galvão Abílio**

Gustavo Costa Silva***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Estudo de caso de paciente Testemunha de Jeová e o Estado do Amazonas. 1.1 Aporte constitucional sobre a matéria. 1.1.1 Princípio da Isonomia e da Liberdade Religiosa no ordenamento jurídico. 1.2 A responsabilidade médica à luz da bioética e do biodireito. 2 Testemunha de Jeová e a recusa a transfusão de sangue. 2.1 Entendimento Jurisprudencial sobre a recusa a transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová. 3 Liberdade Religiosa e a Saúde Pública. 3.1 Recurso Extraordinário nº 97742/AM ante a aplicação da reserva do possível e do mínimo existencial. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O Brasil conta com o acesso gratuito à saúde pública que tem como princípio ser universal através do Sistema Único de Saúde. Entretanto várias são as complicações para que esse serviço seja de fato efetivo no país, bem como, alta é a demanda de pessoas acessando a justiça diariamente para cobrar do Estado alguma obrigação de fazer na área da saúde. Deste modo, o presente artigo tem como objetivo analisar um recurso extraordinário de uma testemunha de Jeová que pleiteia na justiça uma cirurgia sem transfusão de sangue, de alto custo para a administração pública que recorreu ao Supremo Tribunal Federal. Com a análise de diversos autores, a pesquisa guiou-se pelo método empírico dedutivo, através de livros, artigos científicos, julgados de tribunais e publicações de grandes meios de comunicação a fim de compreender os elementos subjetivos e objetivos na colisão de princípios que se observa no caso concreto.

Palavras-chave: liberdade religiosa. testemunha de Jeová. direito à saúde.

* Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor universitário do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do Centro Universitário Estácio - Campus Ribeirão Preto. Advogado.

** Doutora em Direito pela PUC/SP. Docente do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do IMESB Victório Caerdassi em Bebedouro. Professora universitária e Advogada.

*** Advogado e especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP – Unifeb.

Artigo recebido em 28/06/2019 e aceito em 14/12/2019.

Como citar: NUNES, Danilo Henrique. ABÍLIO, Adriana Galvão. SILVA, Gustavo Costa. Conflitos entre o dever do estado à prestação de saúde universal e a liberdade religiosa de Testemunha de Jeová: estudo de caso do Recurso Extraordinário nº 979742/AM. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 515-537. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: Brazil has a free public health system, that has as major principle, to be universal, however there are many obstacles on its way that does not let this service really effective in the country, as well as the demand of people suing the State, requiring health solutions. Thus, the purpose of this article is to analyze an extraordinary case of a Jehovah's Witness, who asked in court for a surgery with no blood transfusion, what would cost a high value to the public administration, that appealed to the Federal Supreme Court. With the analysis of several authors, the research was guided by the empiric deductive method through books, scientific articles, judgments of courts and publications of major media, to understand the subjective and objective elements in the collision of principles that is observed in the following case.

Keywords: religious freedom. Jehovah's witness. right to health.

INTRODUÇÃO

Uma das classificações existentes sobre a correspondência da Constituição Federal com a realidade é a nominativa, ou seja, a Carta Magna busca alcançar o objetivo do bem-estar social, mas ainda carece de uma realização prática eficaz. Esse entendimento se concretiza por exemplo, nos diversos problemas judiciais envolvendo conflitos entre dois direitos: o da saúde e o da liberdade religiosa. O caso que será analisado no presente artigo, objetiva e se destina a apresentar os fatos e desdobramentos referentes a um cidadão brasileiro testemunha de Jeová residente no estado do Amazonas que requere em vias judiciais que a União custeie um tratamento não coberto pelo Sistema Único de Saúde, tratamento este que facilmente seria realizado sem prejuízo ao erário público caso fosse possível a realização da transfusão de sangue negada em sua religião. Além disso, será observado questões quanto a liberdade religiosa e à saúde pública e as consequências de eventuais gastos acima dos limites suportados pelo Estado.

Para compreender a problematização será transcrito alguns detalhes dos fatos apresentados no decorrer processual do respectivo caso, com a reprodução de alguns trechos das partes envolvidas a fim de se inteirar detalhadamente do objeto. Com base nisso, será trazido na pesquisa – sob o método indutivo – todo o aporte constitucional que cobre a matéria envolvida, bem como, buscado no código de ética médica o comportamento médico em relação a este tipo de conflito.

Posto isso, será abordado, ainda, o comportamento das testemunhas de Jeová para compreensão do porque é importante respeitar o direito pessoal e religioso dessas pessoas ao recusar a transfusão de sangue e como a jurisprudência brasileira lida com os processos judiciais em que o objeto problema se encontra na recusa a transfusão de sangue. O item seguinte será destinado a compreender o papel na forma dos limites e

da competência de cada ente federativo na prestação de assistência à saúde tida como universal e igualitária pela constituição e também será buscado na jurisprudência a resposta de como o Estado lida com casos judiciais de prestação de saúde que não estejam enquadrados no Sistema Único de Saúde em geral.

Por fim, serão apresentadas as conclusões do texto, com o objetivo de tentar responder sob a ótica do Direito Constitucional brasileiro e da realidade prática quem está certo na demanda, que atualmente não se é mais de fato e sim de direito no recurso extraordinário a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre quais os limites da liberdade religiosa na requisição de particularidades no âmbito público.

1 ESTUDO DE CASO DO PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ E O ESTADO DO AMAZONAS

Segundo relatos do RE nº 979742/AM (BRASIL, 2017) - objeto de estudo do presente trabalho que neste tópico em partes se transcreve - no ano de 2017 a União, o Estado do Amazonas e o município de Manaus foram condenados pela Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas e Roraima a custear um tratamento de saúde que atualmente não se encontra na rede do Estado para um cidadão por conta de suas convicções religiosas. Inicialmente, o indivíduo residente em Manaus requereu judicialmente uma cirurgia de artroplastia total primária cerâmica a ser realizada na cidade de Itu no interior do Estado de São Paulo, além do custo da viagem, hospedagem, transporte e alimentação, tanto para si, como também para um acompanhante durante o período do tratamento.

O processo ao tramitar perante a 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas teve julgado procedente o pedido com tutela de urgência sob o fundamento dos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, sob pena de responsabilidade civil, multa e crime de homicídio culposo. Os fundamentos foram em tese de que tanto a União, quantos os Estados, Distrito Federal e os Municípios possuem obrigação solidária de promover de forma efetiva a garantia constitucional da prestação de serviço a saúde, independentemente de qualquer divisão de cotas de responsabilidade prevista pela legislação infraconstitucional (BRASIL, 2017).

Conforme a decisão:

O Estado não pode ser constrangido a custear os serviços de transporte e de atendimento médico solicitados pela parte

Autora, não apenas porque não se insere em seu raio de competência tal matéria, mas, sobretudo, porque o mesmo não pode ser obrigado a prestar tratamento de saúde fora de seus limites territoriais, com clara violação ao poder de autogoverno do ente central e de Estados-membros (BRASIL, 2017).

Outro ponto debatido pelo Estado do Amazonas, foi que com informações advindas do Ministério da Saúde, o autor já havia sido convocado para realizar a cirurgia necessária por uma vaga que se abriu após um cadastro no TFD (tratamento fora de domicílio), programa este, que disponibiliza tratamentos de nível complexo fora de domicílio e o requerente recusou na data agendada ser submetido ao procedimento cirúrgico, e por isso, a mora administrativa. Diante disto, foi se constatado nos laudos processuais que o autor recusou o tratamento agendado em 2014 pois o mesmo seria submetido a cirurgia com transfusão de sangue o que viola sua índole religiosa. Após recurso extraordinário o Ministro Roberto Barroso declarou ser um caso de repercussão geral:

[...] exigir que o sistema de saúde absorva toda e qualquer pretensão individual, como se houvesse na Constituição o direito a um trunfo ilimitado, leva à ruina qualquer tentativa de estruturação de serviços públicos universais e igualitários. Dessa forma, deve-se ponderar não apenas qual bem constitucional deve preponderar no caso concreto, mas também em que medida ou intensidade ele deve preponderar” (NOTÍCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

No caso em tela, inicialmente pode-se perceber que um cidadão com embasamento nos preceitos constitucionais buscou a validação destes através de processo judicial. Em função deste ajuizamento de ação civil contra entes estatais, necessário se faz a sua análise detalhadas em tópicos, com intuito de observar os direitos à liberdade de crença religiosa do autor e os eventuais deveres do Poder Público, que se fará nos próximos pontos.

1.1 Aporte constitucional sobre a matéria

Após importante análise processual é possível verificar que existe um conflito entre os direitos pretendidos por um único indivíduo e os deveres de responsabilidade do Estado para satisfazer o bem-estar social sob a ótica dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Antes de tudo, baseada no

contexto histórico internacional social e também do próprio país, o Brasil inaugurou um ordenamento jurídico pautado no princípio da dignidade da pessoa humana (NUNES 2002, p. 23) como fundamento e valor supremo de um Estado Democrático de Direito, conforme o Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Quando no referido caso, a testemunha de Jeová solicita judicialmente a cirurgia de artroplastia sem a transfusão de sangue, ele está invocando seus direitos fundamentais respaldados no art. 5º da Constituição Federal. Em contrapartida, possui o Estado o dever de assegurar a todos o direito à saúde, que pode ser compreendido como a concessão do:

[...] bem estar físico e psíquico, relevante para a pessoa individualmente considerada e para a sociedade, já que a doença, se contagiosa for, gera o risco de propagação generalizada, e, mesmo que não o seja, desfalca a interação produtiva, deixando o ser doente de ser contribuinte ativo para tornar-se ônus para todos (SILVA, 2009).

Através deste ponto de vista, como já dito, o Estado recebe o dever constituinte de promover assistência de forma gratuita mediante políticas públicas e também econômicas, visando um atendimento universal e igualitário.

É importante realçar que nenhum direito fundamental é ilimitado, os direitos encontram limites dentro do próprio sistema normativo, assim sendo, não pode ser escusa de nenhum indivíduo para práticas ilícitas (MORAES, 2014, p. 30) ou até mesmo para pedidos extraordinários ao Estado. Com base nisso, o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2016) expõe que uma das dificuldades referente ao estudo do direito à saúde é justamente entender o alcance do seu objeto e seus limites gerando a discussão em torno da possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo individual ou coletivo a prestações na área da saúde.

Para melhor compreensão, é preciso destacar que a Constituição em sua interação com os fenômenos da vida política e social deve-se moldar e evoluir perante a sociedade que acompanha e por conseguinte, seu sistema jurídico deve ser compreendido como um conjunto de normas-regras e normas princípios (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 28). As normas-regras seguem o conceito de Dworkin do “*all or nothing*”, objetivando regulamentar determinada situação, se esta ocorre ela incide, caso contrário não (GOMES, 2005), de encontro aos princípios que são seguimentos gerais do ordenamento jurídico e diferente das normas, tem caráter abstrato valendo-se da interpretação jurídica. A principal diferença entre as duas

modalidades de normas acontece quando existem uma colisão entre elas. No entendimento de Robert Alexy (apud CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 30) na obra Teoria dos Direitos Fundamentais:

Na colisão entre princípios – e isso ocorre quando um princípio veda o que o outro permite – um deles deve ceder. Assim, no tocante aos princípios, cuja sobrevivência pode ser conflituosa, vigora a ideia de peso ou valor ou importância, de modo que o princípio de maior peso ou valor ou importância é o que deve preponderar no caso concreto. De referência às regras. Cuja sobrevivência é antinômica, não é possível o conflito: uma regra vale ou não vale.

Portanto, quando há um conflito entre dois princípios é preciso haver uma ponderação entre ambos e sobressair-se o mais importante, de preferência que nenhum direito seja extinto pelo outro, e sim que prevaleça uma harmonia justa entre eles adequando proporcionalmente o peso de cada um no caso concreto. Assim leciona Humberto Ávila (2011, p. 38):

A distinção entre princípios e regras- segundo Alexy – não pode ser baseada no modo tudo ou nada de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: a diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derrogadas em função dos outros princípios colidentes.

De forma complementar, também esclarece Alexandre de Moraes (2014, p. 30):

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Conforme fica demonstrado, para a melhor ponderação entre princípios em casos que existem um conflito, imperioso a utilização da ponderação. Justamente ocorre no caso apresentado, pois é apresentado uma situação conflitante, que envolve sujeito e Estado (aqui engloba-se sua disponibilidade). Há realmente nesta situação direitos que tendem a se colidir. Para melhor compreensão dividir-se-á o seu conteúdo em subtítulos a serem apresentados seguidamente.

1.1.1 Princípio da isonomia e a liberdade religiosa no ordenamento jurídico

Durante o andamento do processo, foi alegado pelas rés, que oferecer o tratamento pedido com a opção de ser realizado sem transfusão de sangue feriria o princípio da isonomia, pois o Estado estaria privilegiando um indivíduo em detrimento de outros por conta de preferências pessoais. Primordialmente o Brasil (assim como vários outros Estados da modernidade) é um país laico (artigo 19 da Constituição Federal), e especificadamente nesse caso tem uma faceta multicultural muito presente na sociedade (LOREA et. al, 2008, p. 17) que se expressa na arte, na gastronomia, no folclore, nas danças, mas não é tão diversa na religião, ainda que exista.

O Brasil em 2008 era o terceiro país mais religioso na América Latina, perdendo apenas para Argentina e Bolívia. No contexto brasileiro, a divisão corresponde da seguinte forma: (i) 73,6% da população católica; (ii) 15,4% evangélica; (iii) 3,6% de religiões diversas e (i) apenas 7,4% sem religião pré-definida (ORO, 2008, p. 89). Percebe-se uma preferência majoritária ao Cristianismo, através da percepção dos dois primeiros itens. Conforme censo realizado pela própria entidade religiosa (Testemunha de Jeová), o Brasil é um dos países que mais possuem adeptos, com cerca de 1.393.208 pessoas (PORTAL TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, 2017).

Sabido se é que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”, é o que trata o artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal. Esse direito é tratado como escusa de consciência e pode ser definido nas palavras de Gilmar Mendes como “a forma máxima de respeito à intimidade e à consciência do indivíduo”.

Nesse sentido, recentemente vem despontando diversos conflitos na esfera pública envolvendo a liberdade religiosa reconhecidos como repercussão geral pelo STF. A simples análise de exemplos da data alternativa de realização de concursos públicos para praticantes da guarda sabática, possibilidade de fotos com indumentárias em documentos de identificação e sobre o ensino religioso de forma confessional nas escolas, já declarado como constitucional em jurisprudência, concretizam o exposto.

Em esfera ao direito comparado, de forma sucinta, cita-se a lei polêmica na França que foi sancionada em 2011 que através de medidas de segurança nacional e garantia da ordem pública vedou a prática de cobrir o rosto em locais públicos. A citada medida afetou principalmente as mulheres muçulmanas do país que costumam pela cultura religiosa utilizar véus islâmicos como a burca ou *niqab* (CIGANEIRO, 2016). Ainda que polêmica e em tese, contra a liberdade religiosa, foi declarada como legítima em 2014 pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos através do Caso S.A.S. contra França – 43835/11, pois foi considerada como uma forma de preservação da laicidade do país (PIMENTEL, 2017).

O ponto de vista entre aqueles que não aprovam a lei é de que esta viola o princípio da “*vivre ensemble*” (livre convivência), gerando uma divisão social por intolerância religiosa. Além do argumento sobreposto, há pontuação de que as mulheres da religião muçulmanas são a exceção no país e por conseguinte razão não devem serem consideradas o foco e nem mesmo representação de perigo a população (CIGANEIRO, 2016). Segundo dados do Ministério francês do Interior, foram paradas 1.623 pessoas pela polícia, da qual apenas 908 mulheres foram multadas em toda a vigência da lei, sendo que muitas delas são reincidentes (CIGANEIRO, 2016).

Através do exposto, deve-se ter ciência que aplicar a isonomia na sociedade não é necessariamente padronizar um comportamento restringindo direitos e sim buscar o ideal social aplicando o conceito aristotélico de igualdade: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A utilização do direito comparado (ainda que de forma genérica) é essencial pois inicialmente demonstra que não só o ordenamento jurídico brasileiro que tem situações conflitantes e embargantes a resolver. Trata-se de uma situação a nível global, com maior ou menor incidência – neste último caso, em sociedades que possuem apenas uma religião – e que devem serem resolvidas pelos seus respectivos Estados soberanos. No Brasil, ainda que minoritária a situação como a apresentada, deve-se

observar os fundamentos na qual são constituídos a presente nação, e que entre eles encontra-se a laicidade do Estado. Porém, diferentemente do caso da França, não há elementos que justifiquem a utilização dos mesmos argumentos (medidas de segurança nacional e garantia da ordem pública), motivo pela qual volta-se valer a ponderação entre princípios, pois explicitamente são conflitantes.

1.2 A Responsabilidade Médica à luz da Bioética e do Biodireito

A medicina atual avançou em níveis inimagináveis em diversos âmbitos da saúde e um deles é na possibilidade de prolongar a vida do indivíduo por muitos anos de maneira artificial. Entretanto, nem sempre esses métodos tecnológicos podem ser utilizados de maneira que possa ser considerada digna pela pessoa, afinal, esse processo já não busca mais a cura da moléstia e sim apenas o adiamento da morte (KAROLENSKY; HENRIQUES, 2014, p. 276) o que acaba gerando por exemplo, várias discussões a respeito da ortotanásia e da eutanásia na relação paciente e médico. De forma semelhante os médicos encontram dilema com testemunhas de Jeová na recusa a transfusão de sangue, isso porque, o paciente quando perde 30% de sangue sofre o processo de choque hipovolêmico (SORIANO, 2001) que o faz correr iminente risco de vida, que pode ser facilmente evitado com uma transfusão, entretanto para os adeptos dessa religião tal procedimento não é uma opção. Negar o ato da transfusão em face de preferir morrer tem impactos muito além da autonomia da própria pessoa, acarretando em efeitos jurídicos para o hospital e ao próprio médico que não fez o que estava em seu alcance para salvar o paciente.

O Código de Ética Médica (2018) é claro no sentido de que o médico sempre deve informar o paciente sobre o procedimento que irá realizar, bem como, dos riscos do mesmo, para que obtenha a autorização do próprio paciente ou responsável, da mesma forma, é antiético ultrapassar a autonomia do paciente e executar algum procedimento de qualquer natureza contra sua vontade, nos termos do artigo 56 da supradita norma. Nesse entendimento, o Conselho Federal de Medicina tratou do tema sobre conflitos éticos de maneira em que, quando o paciente estiver inconsciente ou de alguma maneira impossibilitado de comunicar-se deve-se prevalecer as suas diretrizes antecipadas de vontade que sempre se sobrepõe ao desejo dos familiares e a qualquer outro parecer não médico. Já nos casos em que não tiver sido manifestado a vontade do paciente, deve-se então consultar

um representante que tenha sido designado pelo mesmo e na falta deste, o médico deve recorrer ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista ou na falta, a Comissão de Ética Médica do Hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina (BRASIL, 1995). Sobre a seguinte Resolução, entende o autor Henrique Moraes Prata (2017, p. 188) que ainda existe muita insegurança sobre o tema, principalmente pelo fato de as diretrizes de vontade do paciente na forma oral, que, se anotadas em junta médica e não apenas por médico singular traria mais segurança jurídica a respeito dos procedimentos médicos. *In verbis*:

Não obstante, apesar da novel Resolução CFM n. 1995/2012, a ausência de legislação sobre a matéria deixa um vácuo de insegurança sobre os limites dessas declarações, o que faz com que alguns tabeliões se neguem a acolhe-las, como pudemos perceber em nossas pesquisas de campo.

Entretanto, o médico pode se abster de todos esses preceitos quando em caso de risco iminente de vida, afinal de contas o princípio fundamental da medicina é o de zelar pela saúde do ser humano, usando o que há de melhor na sua capacidade profissional, nos termos do artigo 1º do Código de Ética Médica. Mas essa capacidade em seu ápice não significa necessariamente realizar cirurgias apenas com a transfusão de sangue, atualmente inúmeros são os procedimentos alternativos descobertos e estudados com a possibilidade de execução sem sangue (SÁ, 2000, p. 323-338). Para o médico hematologista Dr. Murilo Carvalho Martins, professor e responsável pela disciplina de Hematologia na Universidade Federal do Ceará, de C.R.M 215:

[...] uma transfusão só deve ser feita quando realmente necessária, pois, se for possível outro procedimento, ele o adotará e orientará seus alunos neste sentido. Contudo existem realmente casos em que só uma transfusão pode salvar a vida e isso deve ser analisado caso a caso (apud SÁ, 2000, p. 323-338).

Mais uma vez percebe-se que a recusa a transfusão de sangue deve ser analisada caso a caso, uma vez que essa negativa médica pode acarretar diversos problemas ou não dependendo do caso concreto, conforme as ideias apresentadas neste tópico. Inicialmente já é possível observar uma relatividade quanto aos procedimentos médicos e sua aplicação nos

pacientes. A seguir, será destacado especificamente os casos de pessoas adeptas a religião já comentada neste trabalho.

2 TESTEMUNHA DE JEOVÁ E A RECUSA A TRANSFUSÃO DE SANGUE

As testemunhas de Jeová portam um documento chamado “Diretrizes sobre tratamento de saúde e isenção para a equipe médica”. Neste documento, consta a necessidade dos praticantes da religião de aceitarem apenas tratamentos alternativos e a recusa total a transfusão de sangue (VIEIRA, 2006, p. 56). Para elas, a Bíblia (2008, p. 152) expressa claramente a necessidade de ter o respeito com o sangue do próprio corpo, conforme uma passagem da mesma:

Com efeito, parecem bem ao Espírito Santo e a nós não impor outro peso além do seguinte indispensável: que vos abstenhais das carnes sacrificados aos ídolos, do sangue da carne sufocada e da impureza. Dessas coisas fareis bem de vos guardar conscientemente.

Assim, para elas recusar sangue de terceiros é manter a integridade do próprio corpo, além de respeitar o sangue como ele deve ser respeitado, muito além de um instrumento médico, mas divino e intocável. Este é um entendimento majoritário para essa religião e não há meios das pessoas mudarem o cerne desse conceito para eles, a prática da transfusão de sangue viola a dignidade e a moral dessas pessoas que preferem de fato morrer, a se submeter a estes tipos de tratamentos médicos.

Para elas, é a prova de suas crenças em Deus, e de que seguindo os ensinamentos dispostos na Bíblia conseguirão a redenção nos reinos do céu (SÁ, 2000, p. 323-338). Exatamente por isso, muitas organizações de apoio a testemunhas de Jeová buscam cada vez mais estabelecer vínculos com hospitais para promover a demanda e incentivar o uso de tratamentos alternativos no país para os praticantes da religião. O resultado dessas comissões é que no mundo todo já existem aproximadamente 40.000 médicos dispostos a executarem tratamentos sem a transfusão de sangue (SÁ, 2000, p. 323-338).

Pode-se concluir desse processo de luta religiosa pelos direitos a tratamentos médicos sem transfusão de sangue que as testemunhas de Jeová, embora prefiram morrer do que se submeter a essa modalidade

médica, não querem morrer. Não se trata do conflito entre a liberdade religiosa e a vida, e sim da busca pela vida e o viver digno.

2.1 Entendimento Jurisprudencial sobre a recusa a transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová

Como disposto acima a situação em que se encontra as testemunhas de Jeová no Brasil, será de extrema importância passar a analisar neste presente tópico, algumas decisões dos tribunais em conflitos envolvendo a recusa a transfusão de sangue e a liberdade de crença.

Segue a primeira ementa:

SAÚDE. CIRURGIA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Distinções, na prestação do serviço público de saúde, para atender às convicções religiosas ferem o direito à igualdade na repartição dos encargos públicos. Daí que a liberdade de religião garantida a todos pela Constituição da República não assegura o direito à pessoa humana de exigir do Estado prestação diferenciada no serviço público para atender às regras e as práticas da fé que professa. Negado seguimento ao recurso (RIO GRANDE DO SUL (ESTADO), 2014).

A melhor interpretação que se extrai é de que o Estado não deve custear tratamento alternativo por convicções religiosas em face da administração pública, uma vez que a liberdade religiosa consiste na abstenção do Estado. Pode-se entender então dessa afirmativa que o Estado age sem interferir na escolha religiosa das pessoas, mas também de igual maneira não passa a custear a religião com tratamentos de saúde personalizados ou outras ações positivas que não estejam previstas na Constituição. Deste julgado em diante pode se perceber que os tribunais brasileiros adotam a laicidade estatal na forma da ação negativa do Estado em quaisquer casos que possam configurar privilégios religiosos em demandas que envolvem a administração pública. A próxima ementa trata-se de um pedido de uma testemunha de Jeová pelas vias administrativas por um medicamento que funcionaria como uma alternativa a determinado procedimento sem transfusão de sangue. Sendo o pedido em face de agravo de instrumento indeferido, uma vez que o medicamento não comprova a certeza da não necessidade de transfusão, o que acarreta em apenas mais custos para a administração pública em cima de uma incerteza. Posto isso, faz-se necessário a análise de outro caso:

AGRADO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓ-GICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGÜINIA. IMPOSSIBILIDADE. Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa a transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sangüínea, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivado (BRASIL, 2006).

Em sentido contrário, as decisões vistas na 1^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deferiu o pedido de recusa a transfusão de sangue em paciente no processo de quimioterapia, caso houvesse o risco de a mesma afetar o sistema imunológico sendo necessário a transfusão. E fez isto sob a alegação que sendo a paciente pessoa lúcida e dotada de autodeterminação e capacidade civil, pode decidir sobre os atos individuais da própria vida. Segue a ementa:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. CASO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. PACIENTE EM TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITO À VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA. - No contexto do confronto entre o postulado da dignidade humana, o direito à vida, à liberdade de consciência e de crença, é possível que aquele que professa a religião denominada Testemunhas de Jeová não seja judicialmente compelido pelo Estado a realizar transfusão de sangue em tratamento quimioterápico, especialmente quando existem outras técnicas alternativas a serem exauridas para a preservação do sistema imunológico. - Hipótese na qual o paciente é pessoa lúcida, capaz e tem condições de autodeterminar-se, estando em alta hospitalar (MINAS GERAIS (ESTADO), 2007).

Percebe-se que os Tribunais atualmente estão decidindo contra a individualidade das testemunhas de Jeová na recusa a transfusão de sangue em âmbito público, ou seja, quando é pleiteado nas vias judiciais o

custeamento pelo Estado seja de um medicamento ou cirurgia. Interessante notar, que dentre as decisões, esta última em que foi concedida o deferimento do pedido do autor a recusa a transfusão de sangue era a única que não envolvia obrigação de fazer por parte do Estado.

3 LIBERDADE RELIGIOSA E A SAÚDE PÚBLICA

A Constituição Federal atribui ao poder público diversas tarefas de execução do serviço público de saúde, como o estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS), a concessão da iniciativa privada para promover bens e serviços na área da saúde e o encargo da competência aos legisladores para a regulamentação dessa área. Nas palavras da autora Natale Oliveira de Souza (2016, p. 37):

O título VIII, Seção 2, “da saúde”, é composto por 5 artigos. São eles: 196, 197, 198, 199 e 200. Neles, encontraremos a obrigação do Estado em prover o acesso às ações e serviços de saúde, como o sistema deve ser organizado as diretrizes, a participação complementar da rede privada e algumas das atribuições do sistema único de saúde. Lembre-se que é a partir dessa carta magna que a saúde passa a ser includente, ou seja, universal e igualitária. Sendo mais clara: aqui nasce o SUS.

Nesse sentido, a Carta Magna no título III prevê que o atendimento e prestação de saúde a população será de competência dos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, como prevê o art. 30, inciso VII, da Constituição Federal, sendo de forma integral, descentralizada e hierárquica, nos termos do art. 198 do mesmo diploma legal. Dessa forma, expressa o governo brasileiro que é da responsabilidade da União coordenar os sistemas de saúde de alta complexidade e por meio do Ministério da Saúde planejar e fiscalizar o SUS em todo o país (BLOG DO PLANALTO, 2014). Compete aos governos estaduais os atendimentos complexos da região, criar as políticas de saúde, ajudar na execução das políticas nacionais e realizar o repasse das verbas.

Entretanto, ainda que cada ente federativo tem seu âmbito de competência na gestão do SUS, já afirmou o STF que, “constitui obrigação solidária dos entes da Federação o dever de tornar efetivo o direito à saúde em favor de qualquer pessoa, notadamente de pessoas carentes”(NOTÍCIAS STF 2015), logo, não devendo em síntese qualquer dos ente federados se eximir da responsabilidade na prestação a saúde na alegação de ser ilegítima em polo passivo processual, pois a saúde

ainda é um dever do Estado conforme o art. 196 da Constituição Federal. Durante o recurso, também foi alegado pelos entes da incompetência do Poder Judiciário na intervenção dos atos administrativos, pois a proferida sentença condenatória na obrigação de fazer, feria o princípio da separação dos poderes. Também compartilha do mesmo pensamento a doutrinadora Maria da Silva Zanella Di Pietro (2017, p. 997):

O judiciário não tem funções de planejamento, não tem competência em matéria de destinação de recursos orçamentários, ele não pode determinar à administração que transfira recursos de uma dotação para outra, pois, se o fizer, estará se substituindo ao legislador. O Judiciário é intérprete e aplicador da lei e não pode decidir contra ela, a menos que declare sua inconstitucionalidade.

Referente a essa intervenção o Ministro Luís Roberto Barroso (2015) expressa o seguinte entendimento:

[...] permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Dessa forma é preciso se lembrar do dispositivo do art. 5º, inciso XXXV que trata sobre a inafastabilidade do Poder judiciário. Ainda que os poderes - executivo, legislativo e judiciário - sejam autônomos e fiscalizadores um do outro, todo direito fundamental gera direito público subjetivo e se existente lesão ou ameaça a direito, o acesso à justiça deve ser requisitado e não pode ser ausente. Assim, na garantia de assistência à saúde pelo Estado é preciso verificar a teoria da reserva do possível em cada caso individualmente para se obter uma medida satisfatória. Sobre tal teoria, será abordado com mais detalhes no item seguinte.

Seguindo este mesmo alinhamento, a jurisprudência do STJ (PORTAL CONSULTOR JURÍDICO, 2018) demarca que para solicitação de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige-se o cumprimento de alguns requisitos como: (a) a incapacidade financeira do paciente; (b) a comprovação por meio de laudo médico da necessidade do medicamento para o tratamento junto da ineficácia dos disponíveis na rede do SUS e (c) além do registro do medicamente pretendido pela ANVISA.

Depreende-se então, que é perfeitamente possível conceder medicamentos que não são cobertos pelo SUS, quando estes forem essenciais para a manutenção da saúde da pessoa, bem como comprovada a carência da mesma em não ter condições financeiras para arcar com o custo por conta própria. De maneira análoga, portanto, deve-se empreender quando se trata de cirurgias ou aparelhos necessários não cobertos dentro do plano do SUS conforme a ementa abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
DIREITO À SAÚDE. MANDADO DE SEGURANÇA.
PORTADOR DE MIOCARDIOPATIA CHAGÁSICA
CRÔNICA. NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE
CARDIOVERSOR-DEFRIBRILADOR AUTOMÁTICO
PARA GARANTIR A SOBREVIDA DO IMPETRANTE.
PROCEDIMENTO NÃO COBERTO PELO SUS.
LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PERDA DO
OBJETO. NÃO-OCORRÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA
CONSOLIDADA (BRASIL, 2007).

Fica evidenciado que possuem o Ministério da Saúde e a União Federal deveres de providenciar os meios necessários para garantir a prestação adequada de saúde daquele que corre risco de vida ou portador de doença grave e irreversível. Neste ponto, à saúde pública de determinada pode ser analisada e revisada pelo Poder Judiciário, na busca do cumprimento de deveres outrora impostos em 1988, quando da promulgação da Constituinte. Afunilando a análise acadêmica sobre o tema, a seguir tratar-se-á de decisão judicial proferida que contém vínculo com o tema proposto.

3.1 Recurso Extraordinário nº 97742/AM ante a aplicação da reserva do possível e do mínimo existencial

Como já elencado, os conflitos entre os princípios vigentes neste recurso são em destaque os princípios da dignidade da pessoa humana em face do princípio da razoabilidade. Este conflito desdobra-se devido ser necessário que a medida adotada pelo Estado para resolução da citada situação seja a menos gravosa para os dois polos do processo. Com isto, permitirá o respeito ao mínimo existencial da pretensão do autor, resguardando também a reserva do possível.

Para melhor elucidação, a reserva do possível é uma teoria originada no direito alemão a respeito da razoabilidade do objeto que

uma pessoa deve buscar na tutela do Estado. No Brasil existem diversas discussões sobre uma possível definição, mas a teoria vem sendo comumente utilizada como justificativa sobre a escassez de recursos públicos na falta de garantias de direitos constitucionais (BATISTA, 2016). A ADPF nº 45 de relatoria do Min. Celso de Mello (BRASIL, 2004) expressa que a reserva do possível é um limite imposto para que o Estado não arque descontroladamente e inconscientemente com despesas exorbitantes que vão além da possibilidade efetiva dos recursos públicos.

Para cumprimento de um direito de segunda geração, é preciso que esteja em alinhamento com o binômio razoabilidade do pedido e a disponibilidade financeira da administração pública para uma efetiva tutela do Estado (WANG, 2008, p. 539-568). Dessa forma, o julgado assegura ao mesmo agir conforme o possível financeiramente, seja concedendo total ou parcialmente a tutela pretendida com base no que for devidamente demonstrado. Necessário apontar que a reserva do possível jamais deva atuar como um “salvo conduto” para que o Estado se escuse de suas obrigações (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 253).

Conclui-se a partir dessa ADPF que o direito à saúde, bem como, os demais direitos sociais de segunda geração não são absolutos, assim como qualquer outro direito fundamental, logo, se o Estado não pode deixar de cumprir o mínimo pretendido anulando direitos constitucionais, também não pode ser desdobrar em objetivos impossíveis e prejudiciais ao erário. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 997), a reserva do possível nem sempre é aceita, pois se tratando de direitos fundamentais, o Poder Judiciário sempre ordenará a alocação de verba orçamentária para tal fim, essa realidade se tornando uma regra traz sérios prejuízos ao erário. Neste sentido, a derradeira autora cita que “o custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar ao administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender outros objetivos”.

Entende-se que permitir o Estado agir em pretensões individuais como esta, atrapalha todo o planejamento coletivo da administração, como por exemplo, em se tratando de saúde, bancar um tratamento muito caro para apenas um indivíduo traz o prejuízo do gasto de dinheiro que *a priori* estaria destinado a construção de um hospital público para o tratamento de inúmeras pessoas.

Descendo-se aos lindes do caso concreto, o autor socorre-se do judiciário para que o Estado arque uma cirurgia de artroplastia primária total cerâmica a ser realizada na cidade de Itu no interior do estado de

São Paulo, como também, passagens aéreas, fornecimento de hospedagem enquanto durar o período do tratamento e ajuda de custo para suprimentos e despesas para alimentação e transporte, tudo isso para o autor e o acompanhante (BRASIL, 2017).

Mecanismos existem. Por parte do Estado é possível custear o transporte aéreo e o custo das diárias tanto na alimentação, quanto na hospedagem para o paciente e acompanhante, desde que, a União no caso, confirme o agendamento da cirurgia no hospital indicado para autorização do procedimento (BRASIL, 2017).

Essa possibilidade ocorre por meio do sistema do TFD (tratamento fora de domicílio) disposto na portaria nº 55 do Ministério da Saúde (BRASIL, 1999), para casos complexos de alto risco quando esgotados todos os meios de tratamento no próprio município, observando um teto financeiro para cada município e Estado para execução das atribuições. O grande questionamento é até que ponto pode ser realizado respectivo tratamento conforme pleiteado judicialmente com base no teto financeiro disponível no erário, já que a estimativa do orçamento definitivo que incide nesse tratamento não é possível de se calcular com os dados disponíveis no processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode ser entendido de maneira geral que uma testemunha de Jeová no momento em que recusa a transfusão de sangue coloca em risco seu direito à vida e à saúde com o seu direito de liberdade de crença. Contudo, isto não acontece no caso estudado, visto que o requerente ao apresentar e exigir do Estado um tratamento opcional está buscando na verdade justamente a conciliação destes elementos.

Nesta vertente, o principal problema encontrado no âmbito deste recurso extraordinário encontra-se no conflito entre o direito à vida, à saúde e a liberdade religiosa, ou simplificando, o princípio da dignidade da pessoa humana em face aos princípios da razoabilidade e da isonomia. Assim, presente uma colisão de princípios, o ideal por parte dos doutrinadores estudados é que diferente da norma regra, os princípios por seu caráter abstrato devem ser equilibrados quando em conflito, de forma que nenhum necessariamente vede o outro, mas sim que haja uma relação harmônica entre eles ainda que prevaleça o mais prioritário.

Nesse entendimento, é possível pensar que o Estado não poderia se omitir de prestar a assistência devida ao requerente por descumprimento

desse preceito, pois o resultado que ele deve buscar no final da equação é o menos gravoso e imediatamente se pensaria em preservar uma vida humana. Entretanto, pelo posicionamento dos tribunais em casos semelhantes, é levado em consideração a primazia do interesse público sobre o interesse privado, não havendo como deixar de enxergar que o Estado possui alcance limitado financeiramente para conseguir cumprir de maneira eficaz todas as responsabilidades de direitos sociais que é obrigado, ainda mais no âmbito individual.

Portanto, entende-se o porquê de a jurisprudência ser negativa em relação ao tema, mas a pesquisa levantada demonstra que, se *a priori*, não é possível a conciliação destes elementos, o mínimo é buscar alternativas, seja cumprindo apenas parcialmente os pedidos dando prioridade aos mais importantes, ou buscar medidas de barateamento do mesmo. Revela-se então a insistente necessidade de reflexão e estudo em cima do assunto, já que a liberdade religiosa está em crescente conflito com os mais variados âmbitos de políticas públicas e não se pode deixar de lado o princípio de valor supremo buscado pela Constituição Federal que é a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **Atos dos apóstolos.** Novo Testamento. 12. ed. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado.** 10 ed. São Paulo: Método, 2013.

ALEXY, Robert, apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito Constitucional.** 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

Anuário das Testemunhas de Jeová 2017. **Portal Testemunhas de Jeová.** São Paulo, [2017]. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/anuario-de-2017/testemunhas-jeova-relatorio-servico-2016/>. Acesso em: 17 set. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581213>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BATISTA, Franklin Gonçalves. A teoria da reserva do possível frente aos direitos fundamentais. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIX, n. 149. jun. de 2016. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17359. Acesso em: 27 dez. 2018.

BRASIL. ADPF nº 45 MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 04 maio. 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 27. dez. 2018.

BRASIL. Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. DJ: 14/08/2007. Disponível em: <https://revistadir.ufv.br/index.php/RevistaDireito-UFV/article/download/440/63>. Acesso em: 03. nov. 2018.

BRASIL. Apelação em MS. MAS 4909 MG 1999.38.03.004909-7. Relator: Desº Fed. Daniel Paes Ribeiro. DJ: 21/05/2007. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2209048/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-4909-mg-19993803004909-7>. Acesso em 03. nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988, Seção 1, Página 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**; Poder Executivo, Brasília, DF, 1 nov. 2018, Seção I, p.179-182. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 55, de 24 de fevereiro de 1999**. Ministério da Saúde. Dispõe sobre a rotina do Tratamento Fora de Domicílio no Sistema Único de Saúde - SUS, com inclusão dos procedimentos específicos na tabela de procedimentos do Sistema de Informações Ambulatoriais do SIA/SUS e dá outras providências. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0055_24_02_1999.html. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. RE/979742-AM. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF. **DJ: 01/08/2017**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.aspp?incidente=5006128>. Acesso em: 08 fev. 2018.

BRASIL. Resolução CFM nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretrivas antecipadas de vontade dos pacientes. **Diário Oficial da União**; Poder Executivo; Brasília, DF, 31 ago. 2012, Seção 1, p. 269-270. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>. Acesso em: 23 set. 2018.

CIGANEIRO, Jake. Proibição da burca segue sendo polêmica na França. **Deutsche Welle**. Berlim, 11. abr. 2016. Disponível em: <https://p.dw.com/p/1ITI9>. Acesso em: 17 set. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria da Silva Zanella. **Direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Entes federados têm responsabilidade solidária na assistência à saúde, reafirma STF. **Notícias STF**, Brasília, DF, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287303>. Acesso em: 21 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios: conceitos e distinções. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7527>. Acesso em: 3 set. 2018.

KAROLENSKY, Natália Regina; HENRIQUES, Hamilton Belloto. A Recusa de Tratamentos Vitais no Ordenamento Brasileiro: A Escolha é Sua. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 22., 2013. Curitiba. **Anais...** Curitiba: CONPEDI, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9c58da3f0418ebdb>. Acesso em: 30 jun. 2020.

LOREA, Roberto Arriada et. al. **Em Defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORO, Ari Pedro. **A Laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

PIMENTEL, Matheus. Por que parte da Europa proíbe o véu islâmico. E o que dizem as muçulmanas. **Jornal Nexo**. São Paulo, 20 jul. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/20/Por-que-parte-da-Europa-proíbe-o-véu-islâmico.-E-o-que-dizem-as-muçulmanas>. Acesso em: 17 set. 2018.

PRATA, Henrique Moraes. **Cuidados paliativos e direitos do paciente terminal**. Barueri: Manole, 2017.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Apelação Cível nº 70061159398, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, **DJ: 29/08/2014**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/137157526/apelacao-civel-ac-70061159398-rs>. Acesso em: 03 nov. 2018.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. A Liberdade Religiosa e a Transfusão de Sangue nas Testemunhas de Jeová. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 3, n.1, p. 323-338, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/18833>. Acesso em: 10 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580074>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SILVA, Regina Tavares da. **Responsabilidade Civil na Área da Saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:583082>. Acesso em: 30 mar. 2018.

SORIANO, Aldir Guedes. Terapia Transfusional, Aspectos Jurídicos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2405>. Acesso em: 18 set. 2018.

SOUZA, Natale Oliveira de. **Legislação do SUS: Esquematizada e Comentada**. 1. ed. Salvador: Sanar, 2016.

STF altera regras para fornecimento de remédios não listados no SUS. **Portal Consultor Jurídico**. [s. l], 13 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-13/stj-altera-regras-fornecimento-remedios-não-listados-sus>. Acesso em: 03 nov. 2018.

STF vai decidir se liberdade religiosa justifica custeio de tratamento de saúde pelo Estado. **Notícias do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, [2017]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=3516690>. Acesso em: 04 mar. 2018.

União, estados e municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS.
Blog do Planalto. Brasília, DF, 03 out. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>. Acesso em: 03 out. 2018.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética:** temas atuais e seus aspectos jurídicos. [s. l.]: Consulex, 2006.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV.** São Paulo. v. 4, n. 2, p. 539-568, jul.-dez. 2008.

