

© Direito Atual

as novas Fronteiras Jurídicas

EDITORA
Fátima da Silva Velga
Rubén Miranda Gonçalves

COMISSÃO
Irene Portela

O DIREITO ATUAL E AS
NOVAS FRONTEIRAS
JURÍDICAS

O DIREITO ATUAL E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

(Diretores)

Irene M^a Portela

(Coord.)

2017

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave
Barcelos, Portugal

Todos os direitos reservados aos editores da obra. Nenhuma parte da obra poderá ser reproduzida sem o consentimento expresso dos diretores.

Os Diretores e a coordenadora não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores representadas nos respectivos artigos.

© Rubén Miranda Gonçalves (Dir.)

© Fábio da Silva Veiga (Dir.)

© Irene M^a Portela (Dir.)

© Centro de Investigação Jurídica Aplicada (CIJA)

© Los autores, por los capítulos

1^a edição: 2017

ISBN: 978-989-99465-8-3

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave

Centro de Investigação Jurídica Aplicada.

SUMARIO

PALAVRAS PRÉVIAS	13
CAPÍTULO I	
Justiça restaurativa no domínio dos crimes económicos? Breves notas	15
ANDRÉ FERREIRA DE OLIVEIRA	
CAPÍTULO II	
Um dilema europeu: qual o limite da liberdade religiosa?	33
JESSICA HIND RIBEIRO COSTA - DANIEL MOURA BORGES	
CAPÍTULO III	
O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia	51
ANDRÉ RICCI DE AMORIM	
CAPÍTULO IV	
Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção jurídica na Constituição brasileira de 1988	77
AMANDA CRISTINA PACÍFICO	
CAPÍTULO V	
Ativismo judicial em números: uma análise empírica acerca do protagonismo judicial no âmbito da Suprema Corte brasileira	103
BRUNO CALIFE DOS SANTOS	
CAPÍTULO VI	
Poliamor: a incidência de princípios e direitos fundamentais como fundamento para a possibilidade de reconhecimento de um novo arranjo de família	123
CAROL BUARQUE LEITE DE OLIVEIRA	
CAPÍTULO VII	
A supervisão do sistema financeiro: a experiência europeia e americana	149
MARIA EMÍLIA TEIXEIRA - GIL VALENTE MAIA	

CAPÍTULO VIII

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade internacional contemporânea 167

LADEMIR JOSÉ CREMONINI - ODETE MARIA DE OLIVEIRA

CAPÍTULO IX

Pós-positivismo à brasileira: Uma análise da legitimação democrática da atuação do Judiciário brasileiro à luz do constitucionalismo contemporâneo 193

GABRIEL MEIRA NÓBREGA DE LIME

CAPÍTULO X

A universalização dos Direitos Humanos na vertente Kantiana 219

FÁBIO DA SILVA VEIGA - ÉRICA GUERRA DA SILVA

CAPÍTULO XI

O acesso à justiça constitucional no Brasil e a questão dos litigantes organizacionais 237

MANUELA BRAGA GALINDO - GIOVANNI MAGALHÃES PORTO

CAPÍTULO XII

A deep web e o direito à informação: a necessidade da defesa dos direitos fundamentais e direitos humanos 269

ALLAN JONES ANDREZA SILVA - ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS

CAPÍTULO XIII

A Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Brasil e o (des)cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos 299

FÂNCIELI FREITAS MEOTTI - ALBANO BUSATO TEIXEIRA

CAPÍTULO XIV

O trabalho de imigrantes indocumentados latino-americanos no Brasil: uma análise da situação dos trabalhadores em condição análoga à de escravo e seus efeitos jurídicos 325

ADRIANA WYZYKOWSKI - LORENA BEHRENS

CAPÍTULO XV

**A proteção jurídica contra a discriminação a trabalhadores com
enfermidade crônica no direito brasileiro** 351

GUILHERME LEVIEN GRILLO

CAPÍTULO XVI

**El derecho al registro de niños nacidos mediante gestación por
substitución** 371

APANGUELA SAMUCO

CAPÍTULO XVII

**Liberdade, segurança e alguns aspectos do dever de colaboração
do arguido no processo penal português** 393

ANA PAULA GUIMARÃES

CAPÍTULO XVIII

**Os fluxos migratórios e os “mulas” na perspectiva dos direitos
humanos** 411

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH - GUILHERME A. SOUZA GODOY

CAPÍTULO XIX

**A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais:
instrumentos tributários para as cidades sustentáveis no Brasil** 431

CAROLINA MERIDA - RENATA DE ALMEIDA MONTEIRO

CAPÍTULO XX

**El caso apple y la necesidad de normas específicas de competencia
en el ámbito de la Unión Europea** 453

JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO - GABRIELA COSTA E SILVA

CAPÍTULO XXI

**Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência na
América Latina e no Caribe e os desafios que estão colocados** 479

CAIO SILVA DE SOUSA - EDNA RAQUEL HOGEMANN

CAPÍTULO XXII

**Compliance, Governança e Transparência na Administração
Pública à luz da Lei de Acesso à Informação Brasileira** 499

ADRESSA CATTAFESTA DE OLIVEIRA - MARGARETH VETIS ZAGANELLI

CAPÍTULO XXIII

O vírus Zika e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil 521

FERNANDA DE ANDRADE FREIRE LIMA

CAPÍTULO XXIV

A (neuro)política criminal de David Eagleman: o que o garantismo penal tem a dizer sobre isso? 543

GALVÃO RABELO

CAPÍTULO XXV

Mutilación genital. Una solución ibérica diversa, a un problema transnacional de derechos humanos 575

MARCO RIBEIRO HENRIQUES - DANIELA SERRA CASTILHOS

CAPÍTULO XXVI

Os contratos eletrónicos e os novos formatos de negócios no quadro europeu 601

FERNANDA RABELO

CAPÍTULO XXVII

Regulação internacional de energia nuclear: problema ou solução? Fatores que influenciaram e influenciam o processo 621

PATRICIA ANACHE

CAPÍTULO XXVIII

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade no poder judiciário 643

LUCIANA MARA CORREA GOMES

CAPÍTULO XXIX

A Resolução 1373 da ONU e a influência na normatização regional antiterrorista 677

PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA - LUNA TAINARA DOS SANTOS CORRÊA

CAPÍTULO XXX

A mobilidade de trabalhadores dentro da União Europeia e do Brasil e seus efeitos na previdência complementar dos trabalhadores 699

FÁBIO AUGUSTO JUNQUEIRA DE CARVALHO

CAPÍTULO XXXI

A transparência e publicidade das contas na administração pública brasileira 719

MAYKEL PONÇONI

CAPÍTULO XXXII

O planeamento fiscal (abusivo?), o Decreto-lei 29/2008 e a aplicação do princípio da proporcionalidade em Portugal 741

LUCIANA PACÍFICO DE ARAÚJO SPONQUADO

CAPÍTULO XXXIII

El principio de estado social en la constitución chilena 765

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO

CAPÍTULO XXXIV

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso”

PATRICIA SUSANA BAÍA DA COSTA COLAÇO MACHADO - ALEXANDRE RICARDO MACHADO 795

CAPÍTULO XXXV

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência constitucional alemã para a jurisprudência constitucional brasileira

THIAGO SANTOS ROCHA 821

CAPÍTULO XXXVI

***Fanfiction*, obra derivada, Novas tecnologias e estado cultural** 845

CARLA EUGENIA CALDAS BARROS

CAPÍTULO XXXVII

Regime jurídico do contrato de estabelecimento mercantil instalado em centro comercial 877

LUCIO CARLOS AFONSO FERRAZ - AMANDA MARA DA SILVA

CAPÍTULO XXXVIII

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil: uma solução no princípio da presunção de inocência 893

HUGO ROGÉRIO GROKSKREUTZ

CAPÍTULO XXXIX

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação 923

GABRIELLE KOLLING

CAPÍTULO XL

La dimensión del interés general en el cambio de las estructuras administrativas del estado español 941

ODILIA MACHADO HOSKEN

CAPÍTULO XLI

Reflexões sobre o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP a partir do bloco de constitucionalidade 965

MARINA FRANCO LOPES MAVROS FILIZZOLA

CAPÍTULO XLII

Alguns aspectos da «justiça civil de menores» como um direito fundamental e seus quadros atuais na União Europeia 985

KILDARE DE MEDEIROS GOMES HOLANDA - MARIA JOSÉ OLIVEIRA CAPELO

PINTO DE RESENDE

CAPÍTULO XLIII

Execução fiscal no Direito Comparado 1011

RAMON ROCHA SANTOS

PALAVRAS PRÉVIAS

O presente livro é fruto do debate científico e acadêmico originado previamente no I Simpósio Internacional sobre Direito Atual (I SINDA), celebrado na tão prestigiosa Universidade De Santiago de Compostela, em concreto nas dependências do icónico *Colegio Mayor Fonseca*, nos dias 28 e 29 de janeiro de 2017, no qual se evidenciou como um evento inovador e de elevada qualidade académico-científica.

Com trabalhos de superior classificação, o I SINDA recebeu artigos completos de variadas áreas do Direito, sobre temas atuais e de grande calado no seio jurídico. Destacou-se, do mesmo modo, a participação relevante de investigadores provenientes de universidades brasileiras, portuguesas e espanholas.

Para além da anfitriã Universidade de Santiago de Compostela, o I SINDA contou com o apoio precioso do Centro de Investigação Jurídica Aplicada (CIJA), dirigido pela professora Doutora Irene Portela, da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (IPCA), por meio da presente obra que se apresenta ao público, no âmbito do Projeto UID/DIR/04713/2016 FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia do Ministério da Ciência, Tecnologia e do Ensino Superior de Portugal.

Agradecemos ainda, os nossos parceiros institucionais: Universidade Presbiteriana Mackenzie, Universidade de Vigo, Universidade de São Paulo e Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

Parabenizamos todos os autores do I SINDA-USC, manifestando os nossos melhores cumprimentos académicos.

Rubén Miranda e Fábio Veiga
Diretores do I SINDA-USC

Santiago de Compostela, 2017

Justiça restaurativa no domínio dos crimes económicos? Breves notas

ANDRÉ FERREIRA DE OLIVEIRA¹

Universidade de Coimbra (Portugal)

INTRODUÇÃO

A crise financeira que atingiu seu ápice em 2008 e cujas ondas de choque ainda sentimos na Europa (exponencialmente nos países do sul), recordou quão devastadores podem ser os efeitos de atos criminosos (pelo menos grosseiramente negligentes) de natureza económica e financeira, praticados sem autor individualizado e/ou individualizável, e quão perene (ou mesmo pouco eficaz) se pode mostrar o sistema jurídico-penal.

O sistema tradicional, reativo e punitivo, não se mostra capaz de eficazmente cumprir a sua função preventiva², não sendo capaz de transmitir à *res publica* o elemento de confiança na validade das normas jurídicas, de ressocializar o agente do crime ou de prevenir a prática contínua de crimes, *maxime* na área económica.

Perante a resposta falível dos mecanismos atuais, mostra-se de relevo equacionar se outros modelos não poderão, quiçá de forma complementar, ser operacionalizados na área da criminalidade económica, amiúde transnacional, nomeadamente soluções de Justiça Restaurativa.

¹ Doctorando en Ciencias Jurídico-Criminales e Máster en Ciencias Jurídico-Criminales por la Universidad de Coimbra, Especializado en Derecho Penal, Económico Internacional y Europeo por lo Instituto de Direito Penal, Económico e Europeu

² Artigo 40º nº 1 do Código Penal Português: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

DISCUSSÃO

Pretendendo com o presente trabalho espoletar o diálogo, sem pretensão de firmar posição fechada, cumpre precisar que não nos centramos na pequena criminalidade, pequeno furto ou burla, mas nos crimes económicos organizados, muitas vezes envolvendo diversas ordens jurídicas nacionais no seu modo de execução e efeitos, beneficiando de uma economia globalizada e de mercados abertos e cada vez mais desregulados.

José Faria Costa e Manel da Costa Andrade³ defendem a inadequação do sistema tradicional punitivo, atenta a especificidade do *iter criminis*, pois que o agente do crime pode praticá-lo em qualquer local, utilizando os modernos meios tecnológicos, incluindo mesmo no interior dos locais de reclusão nos quais cumpre penas.

É mister questionar: não sendo nem podendo ser o Direito Penal uma arma de arremesso político ou de gestão social, sujeita a opções filosófico-políticas circunstanciadas, não podendo permitir a perpetuação de comportamentos criminosos e a lesão de bens jurídicos supraindividuais, não será sua obrigação aquilatar da exequibilidade e conveniência de soluções, únicas ou (o que nos parece mais adequando) complementares?

O estudo da e impulso à Justiça Restaurativa a nível planetário é sobretudo da responsabilidade da Organização das Nações Unidas: em 29/11/1985 a Declaração ONU sobre os princípios básicos da justiça para as vítimas de crime e abuso de poder instava os Estados-Membros a recorrer a “mecanismos informais para a resolução de conflitos, incluindo a mediação, a arbitragem e a justiça tradicional ou as práticas indígenas, para facilitar a conciliação e a reparação para as vítimas”; meia década depois as Regras Mínimas Padrão da ONU realçaram a relevância da participação da comunidade na gestão da Justiça Penal e necessidade de “promover entre os infractores um certo sentido da responsabilidade para com as suas vítimas e a sociedade no seu conjunto”.

³ Sobre a Concepção e os princípios do Direito Penal Económico *in* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I - Problemas Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 349.

Ao nível comunitário o percurso tem pouco mais de duas décadas: a primeira iniciativa legislativa [Recomendação n° R(85) do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a posição da vítima no âmbito do direito penal e do processo penal] recomendava aos Governos dos então 10 Estados-Membros que analisassem as “possíveis vantagens dos sistemas de mediação e conciliação”, merecendo também destaque a Comunicação "As vítimas da criminalidade na União Europeia - Reflexão sobre as normas e medidas a adoptar", 14/07/1999, da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social (realçando a alternatividade da mediação vítima-infractor aos processos penais morosos e desencorajadores, porquanto benéfico para as vítimas e facilitador da reparação de danos) e o Ponto 30 das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de Outubro de 1999 (referindo a necessidade de criação de “procedimentos alternativos extrajudiciais”).

O diploma comunitário mais recente e relevante na matéria da Justiça Restaurativa é a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, 15/03/ 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal; estatui o seu artigo 10° (“Mediação penal no âmbito do processo penal”) que “1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida. 2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais” - o artigo 17° impôs a obrigação de cumprimento (legislativo, regulamentar e administrativo) do conteúdo da citada norma até ao dia 22/03/2006 em todos os Estados-Membros.

A República Portuguesa, na sequência da Decisão-Quadro, emanou a Lei 21/2007 12 de Junho, criando “um regime de mediação penal”: desde já se assinale que o artigo 2°, no seu n° 1, exclui a possibilidade de mediação penal em crimes públicos (seja, aqueles cujo procedimento não “dependa de queixa ou de acusação particular”), o que se nos afigura passível de crítica, porquanto assente numa visão petrificada do domínio estatal e relevo supremo dos bens jurídicos ligados ao Estado.

Assinale-se também que o n° 3 daquela norma exclui a aplicabilidade da mediação penal (entre outros crimes, como o “peculato, corrupção ou tráfico de influência”) a crimes que prevejam “pena de prisão superior a 5 anos”, o que permite o enquadramento (formal) de crimes (base) económicos, mas exclui a aplicabilidade de soluções restaurativas nos seus formatos qualificados.

Tomemos como exemplo o crime de burla: punido, nos termos do disposto no artigo 217° n° 1 do Código Penal português, “com pena de prisão até três anos ou com pena de multa” (ou “com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias”, artigo 218° n° 1, quando o “prejuízo patrimonial for de elevado valor”⁴) e dependendo o procedimento criminal de queixa, n° 3, está formalmente admitida a mediação penal.

Todavia, por ser o agente punido com pena “de prisão de dois a oito anos”, já a mediação se encontra excluída, artigo 218° n° 2 do Código Penal português, “a) O prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado⁵; b) O agente fizer da burla modo de vida; c) O agente se aproveitar de situação de especial vulnerabilidade da vítima, em razão de idade, deficiência ou doença; ou d) A pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica” - veremos que, sendo esta a posição do legislador luso, as soluções preconizadas implicariam necessariamente em Portugal uma mudança profunda.

Serve este enquadramento para mostrar a pertinência do presente trabalho, sendo imperioso começar pela precisar terminologicamente o que é a “Justiça Restaurativa”.

Para James Coldren⁶ a Justiça Restaurativa “preocupa-se com os danos, identificando os seus responsáveis, através do empoderamento das suas vítimas, fazendo que os responsáveis reparem os danos causados (ou compensem as

⁴ Valor superior a €5100,00, nos termos do disposto no artigo 202° a) do Código Penal português.

⁵ Valor superior a €20.400,00, nos termos do disposto no artigo 202° b) do Código Penal português.

⁶ Transnational Crime and Restorative Justice, (2012) Homeland Security Review.6(2), p. 180.

vítima até onde possível), adicionalmente capacitando comunidades e indivíduos no processo de reparação dos danos, na sua prevenção e no processo de assunção de responsabilidades”.

Nas palavras de Cláudia Cruz Santos⁷, corresponde a uma forma de resolução de conflitos “que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjectiva do conflito e que assume como finalidade a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidade esta que só logra ser atingida através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modelação da solução”.

Em ambas as definições, bem como na posição base que podemos encontrar disseminada pela doutrina, ressaltam os elementos essenciais: recusa do formato repressor (consciente da falha do processo alienante de clausura prisional), preocupação com a vítima E o agressor, solução pelo diálogo, autonomia de soluções para melhor adequação às concretas circunstâncias.

Quem é a vítima dos crimes económicos de que tratamos? Atenta a complexidade dos crimes, da globalização das economias nacionais e dos diversos setores, os conceitos tradicionais, individualizados, não nos fornecem resposta capaz: sendo lesados bens jurídicos coletivos, difusos, a sociedade é amiúde atingida no seu todo, aliás desconhecendo em regra a lesão (e bem assim a real dimensão dos seus efeitos), atenta a obscuridade do ato lesivo e a publicidade dos bens.

Sendo certo que parte da doutrina considera que o sujeito passivo dos crimes é o Estado e a sociedade um *minus* porque apenas indiretamente ser atingida, a dimensão da criminalidade sob estudo e os mui perniciosos efeitos associados alteraram o enfoque dogmático; nestes “faceless crimes” podemos afirmar que, embora não seja possível identificar todos os concretos ofendidos, são várias e indeterminadas as suas vítimas.

A incapacidade de definir a concreta identidade das vítimas, por si só, não se mostra suficiente para elidir a

⁷ A Justiça Restaurativa (Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?), 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 756.

aplicabilidade de soluções restaurativas, desde logo porque entidades defensoras dos interesses daquelas (associações de defesa de consumidores, de lesados, entidades sindicais, movimentos cívicos) as podem representar nas soluções de resolução que forem casuisticamente mais adequadas, sendo que qualquer solução alcançada seria mais curial porque considerando o confronto do autor do crime com os efeitos do crime e, sobretudo, com as pessoas prejudicadas, suas histórias de vida e dramas pessoais - e, do ponto de vista dos prejudicados, permitindo um real encerramento dos problemas criados pelo ato criminoso.

Se não é fácil a concreta identificação das vítimas, o mesmo pode ser afirmado relativamente ao agressor: tendo a maior parte das legislações adotado o princípio de responsabilização das pessoas coletivas⁸, poder-se-ia pensar ser

⁸ Veja-se, a título de exemplo:

- artigo 11º nº 2 do Código Penal português: “As pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152º-A e 152º-B, nos artigos 159º e 160º, nos artigos 163º a 166º sendo a vítima menor, e nos artigos 168º, 169º, 171º a 176º, 217º a 222º, 240º, 256º, 258º, 262º a 283º, 285º, 299º, 335º, 348º, 353º, 363º, 367º, 368º-A e 372º a 376º, quando cometidos: a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.”;
- Artículo 31 bis do Código Penal espanhol: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”;
- artigo 3º da Lei nº 9.605, 12 Fevereiro 1998 brasileira: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto

impossibilitada a realização de práticas restaurativas pois que a pessoa coletiva/jurídica não pode, ela própria intervir - mas facilmente se ultrapassa esta aparente dificuldade com a representação da pessoa coletiva pelos seus órgãos dirigentes.

Encontra-se bem documentado pela doutrina que o comportamento dos órgãos dirigentes de grandes sociedades e grupos económicos não se rege pelos reais interesses dos titulares das participações sociais, antes por “lógicas de rapina”, imbricadas em relações de perigosa proximidade com os poderes públicos e frequentemente dúbias no integral respeito pela legalidade normativa - todavia, ao contrário da personagem Humpty Dumpty, mesmo sentado no muro, são “too big too fall” e, quando tombam, são reconstruídas (e com a ajuda de “All the king's horses and all the king's men”)

Num mundo com maior acesso a fontes de informação, com mercados em rede e no qual a imagem corporativa ganha crescentemente relevância, o envolvimento em escândalos jurídicos provoca ondas de choque que, em primeira e última linha, afetam sempre o valor comercial (nomeadamente de empresas cotadas em bolsas de valores), sendo a intervenção em soluções de justiça restaurativa uma forma (utilitária e de certa forma cínica) de vantajosa “gestão de danos”.

De um ponto de vista menos utilitário e mais preventivo, a participação em soluções de justiça restaurativa, sobretudo acompanhada de indemnização de vítimas do crime (da forma mais individualizada possível, mesmo que representadas), transmite uma mensagem positiva para a comunidade, no sentido da preservação (ou retoma) de valores jurídico-penais e da validade das normas, bem como de uma verdadeira ressocialização do agente do crime, que ativamente demonstra ter percebido a incorreção do comportamento e adotado uma ação adequada aos valores social e juridicamente adequados.

nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

Sendo um Estado atingido (pense-se na derrocada de sistemas bancários nacionais em função de burlas levadas a cabo por entidades bancárias) como um todo, fruto de ações criminosas transnacionais, também nos parece que não se mostra impedida a realização de práticas restaurativas: mesmo sendo o Estado uma ficção, certo é que possui um incomensurável papel agregador da sociedade - mesmo nos crimes públicos, não obstante os diretos lesados não serem os cidadãos, certo é que sofrerão os efeitos através do aumento da carga tributária, redução de benefícios sociais, aumento da carreira contributiva.

As práticas restaurativas procuram o diálogo ofensor/ofendido, voluntariamente aceites e prosseguidas por ambos, pautadas pela plasticidade de soluções: além da mediação direta entre aqueles outras soluções são mobilizáveis, como as Comissões de Verdade (exemplo máximo na África do Sul pós-Apartheid), os círculos familiares, os círculos restaurativos Huikahi (propostos por Loreen Walker⁹), os Livros Brancos, entre outras.

Cumpra assinalar neste domínio o contributo de John Braithwaite e do conceito de “reintegrative shaming” (vergonha restaurativa) que, não devendo ser considerado um mecanismo de restauração por si próprio, é considerado um dos pilares base do sistema de Justiça Restaurativa, indispensável nas suas práticas: para o Autor¹⁰ é indispensável que o ofensor se consciencialize que, com a sua conduta, criou um dano à(s) vítima(s), que a sua conduta (mais do que juridicamente) é socialmente indesejada e rejeitada, espoletando o remorso.

O remorso não é considerado com um fito negativo, de estigmatização, numa tradição religiosa judaica (na qual entroncam as tradições de pecado católicas e muçulmana), que necessariamente exponencia (que mais não seja de forma psicológica) os efeitos do crime, antes com o intuito de prevenir

⁹ Huikahi Restorative Circles: Group Process for Self-Directed Reentry Planning and Family Healing, *European Journal of Probation*, University of Bucharest, Vol. 2, n.º 2, 2010, pp 76-95.

¹⁰ Restorative Justice: Theories and Worries. Experts' Papers, 123rd International Senior Seminar, Resource Material Series n. 63, Tokyo, 2004.

novos crimes, norteados pelo respeito ao agente do crime e ritualisticamente lhe mostrando perdão.

A este respeito, Cláudia Santos¹¹ afirma que Braithwaite, com o conceito de “vergonha restaurativa”, no fundo, pretende que o fulcro do processo (no que concerne ao infrator e em contraposição ao sistema puramente punitivo tradicional) se centre na marcação ou estigmatização do ato enquanto se preserva o agente, como *persona* “essencialmente boa”.

A vergonha, por si, todavia, não se mostra suficiente: a par dela qualquer solução restaurativa tem que ser acompanhada pela implementação de mecanismos reintegrativos, visando a “re-transformação” do agente do crime num membro de plenos direitos e deveres da sociedade, não como um perigoso ser a afastar para um local enjaulado (hélas, o discurso de “law and order” que tem vindo a grassar pela Europa clama por mais clausura e mais repressiva).

Para Braithwaite na base das práticas restaurativas tem que se verificar um sistema próximo do doméstico, no qual os pais, através do diálogo construtivo, chamam a atenção, reprovando, para o incorreto comportamento, mostrando-lhes a desconformidade com as regras mas sem rejeição ou punição pela punição.

E o fator vergonha (analisado também de outro prisma) pode assumir uma influência acrescida na criminalidade da qual tratamos: sendo muitos dos crimes apenas possíveis com o relapsismo dos poderes públicos (to say the least...), dependendo de uma confluência de interesses dificilmente compatibilizável com os legítimos anseios da res publica, a humana mão invisível por detrás do crime usa luva de pelica (já não monóculo e cartola), move-se nos mais elevados círculos, acede a informação inalcançável ao comum dos mortais e depende (além da vil pecúnia) do seu status social.

Os crimes são cometidos precisamente por serem essas as suas características e, por o serem, alguns autores crêem que a exposição pública da conduta (e efeitos) criminosos, o risco de

¹¹ A Justiça Restaurativa (Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?), Coimbra Editora, 1ª edição, Coimbra, 2014, p. 366.

degradação dos elementos estatuto e respeito seriam, por si só, espoleta suficiente para o bom funcionamento das soluções restaurativas¹².

Do outro lado do espelho, a exposição cumpriria também funções preventivas, transmitindo para a comunidade a quebra do anátema da impunidade dos fortes e poderosos, constringendo (sabemos o quão falível é o argumento à luz da História recente) a prática de novos crimes e, quando menos, tornando a sociedade mais consciente e alerta para estes crimes.

Mas será a via da vergonha restaurativa tão falha de problemas? Não se poderão estar a depositar excessivas expectativas neste mecanismo?

Além de penalmente não serem muitas as condenações no domínio da criminalidade económica (o caso paradigmático é o de Bernard Madoff, condenado em pena de prisão de 150 anos), sabemos que o regresso ao exercício de funções de responsabilidade - nas mesmas sociedades ou em novos veículos económicos e financeiros, muitas vezes mobilizando os proveitos dos anteriores crimes - não se afigura assim tão complicado, pelo que a vergonha apenas não é solução, tem que ser acompanhada de medidas fáticas que façam o agente do crime assimilar a falha, a necessidade de reparação dos danos associados à conduta e evitar novos atos criminosos.

Se tal complementaridade se equaciona do ponto de vista da eficácia quanto ao agressor, também a podemos e devemos analisar na perspectiva da vítima e da própria sociedade: como bem assinalado por Zvi Gabbay¹³, a comunidade sente de forma mais profunda que penas pesadas e longas de prisão devem ser aplicadas a agentes de crime de colarinho branco (justaposição passível de ser feita para a categoria de crimes que analisamos, muito vezes imbricados naqueles), não soluções restaurativas, apologéticas e simbólicas.

¹² Veja-se, a este título, John Braithwaite, *Restorative Justice and Corporate Regulation In From Restorative Justice in Context, International Practice and Directions*. Willan Publishing: Portland, 2003, p. 13.

¹³ Exploring the limits of the Restorative Justice paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Volume 8, n. 2, 2007, New York, p. 444.

Justiça restaurativa no domínio dos crimes económicos? Breves notas

A natural tendência das vítimas será, sobretudo em momentos mais próximos do(s) ato(s) criminoso(s) e quanto mais extensos forem os efeitos do crime, recusar soluções que, em última linha, contrariam tradições milenares: a ético-retributiva punição do mal do crime pelo mal da pena, consubstanciada na perda de liberdade do agressor, ressurgente a cada instante, não sendo cogitável pensar uma solução de Justiça Restaurativa que se quede apenas pelo diálogo pessoal.

Por mais conciliatórias e restaurativas que as concretas práticas adotadas tendam a ser, o elemento de prevenção de novos danos e reparação dos provocados são obrigatórios, como obrigatória tem que ser a voluntária assunção de responsabilidades pelo agressor e a efetiva aceitação daquela por parte da vítima.

A própria intervenção das vítimas em qualquer das soluções preconizadas de Justiça Restaurativa é condição indispensável para o sucedido daquelas (e do próprio sistema): atento o fato de os crimes serem cometidos de forma não humana - mobilizando meios informáticos, sem vítimas concretas e disseminadas geográfica e racicamente -, o processo de confronto do autor do crime (por norma numa posição social elevada e alheio às necessidades do bonuspaterfamilias) com aquelas permite, desde logo, garantir a “paz de espírito” às vítimas, a não desconsideração da sua posição e real amplitude dos danos (sobretudo numa perspectiva pessoal/psicológica), bem como das suas necessidades - importante sobretudo para avaliar as medidas complementares associadas às práticas restaurativas.

Expor o autor de um crime desta natureza e amplitude, que se faz valer de uma posição de superioridade e dela conscientemente abusa, com a tradução contabilística das suas ações pouco relevará: quem, por hipótese, esconde de investidores a total falta de solvabilidade financeira de sociedades cujo investimento aconselha, quem leva a cabo esquemas em pirâmide de dezenas de milhões de Euros, dificilmente interiorizará a real negatividade e amplitude das suas ações deparando-se com o mero somatório monetário de tudo quanto de ilegítimo fez.

Associar um rosto, uma história de vida, um drama pessoal e familiar ultrapassa a mera abordagem económica e,

amiúde, contribuirá muito mais para uma efetiva apreensão das vantagens da solução restaurativa.

Senão vejamos: o branqueamento de capitais é (de forma excessiva, como reconhecido pela maioria da doutrina) punido ad nauseam, muitas vezes como forma de combate (possível) não tanto ao crime (base) em si mas (na parte mais fácil) aos proveitos dele gerados.

O autor de crimes económicos, de elevada complexidade técnica, com acesso a fontes de informação privilegiada, a profissionais jurídicos capazes, programa (com uma facilidade e permissividade que chegam a ser quase infantis) a forma mais adequada de, mesmo descoberto o ato criminoso, ciente de que as condenações associadas a este tipo de crimes são reduzidas e as penas aplicadas de somenos dureza (leia-se, não efetividade das penas), usufruir de uma parte do que conseguiu ir pondo a recato.

Ficarmo-nos pelo mero reconhecimento da responsabilidade e dos danosos efeitos é pouco.

Ficarmo-nos pela mera compensação de danos económicos diretos também é pouco: é-o, desde logo, pois o autor do crime com elevada probabilidade colocou a recato parte dos proveitos do crime e/ou não terá capacidade para efetivamente compensar os danos que criou.

É-o também porque não deveremos ficar limitados a uma mera compensação de danos monetariamente mensuráveis (embora o critério a seguir deva ser objetivo): pior que a eliminação de saldos bancários, que a perda de poupanças (os civilísticos danos emergentes e lucros cessantes) são as expetativas de vida goradas, a perda de confiança nos sistemas de regulamentação e mesmo na legitimidade do Estado, pois que estas dificilmente conseguem ter uma tradução em números e minam de forma indelével valores base da vida em sociedade.

É da intervenção das vítimas, por si ou devidamente representadas, que se conseguirá perceber a exata extensão dos danos e das concretas formas de os compensar.

E é também deste confronto que poderá ser atingido, voluntariamente, o desiderato principal do prisma do agente do crime.

Como exposto previamente, a maioria dos agentes (humanos) do crime ocupa posições sociais e económicas de relevo e a mera necessidade de ter que lidar com as reais consequências dos seus atos constitui já um engulho, pois que o direto contato com a pessoalidade das suas ações impele à natural (primária) reação de participar apenas de forma a escapar a uma possível condenação em pena de prisão e possível encarceramento em estabelecimento prisional, inserido na população prisional comum e sem a comodidade da sua normal vida.

Importa reconhecer e cuidar de perceber quão voluntária é a participação em soluções restaurativas, caso contrário não existe uma real assunção de responsabilidade e, conseqüentemente, inexistirão vantagens reais do recurso a esta forma alternativa de resolução de conflitos penais.

Se o agressor apenas admite a participação em soluções restaurativas com o fito de evitar o cumprimento de uma pena de prisão, de uma pena acessória de impedimento de exercer as mesmas funções e/ou funções conexas num período de tempo determinado (outra solução, com caráter de perpetuidade, necessariamente contendaria com os pilares do sistema e com a própria noção reintegrativa das sanções penais, donde a sua necessária inconstitucionalidade

Importa não deixar o (também natural e primário) sentimento de ódio e vingança da vítima controlar o processo, qualquer que seja o concreto método mobilizado.

Importa - sem receio de acusação de assumirmos uma postura utilitarista e mesmo perante acusações (infundadas) de perfilharmos uma via ético-retributiva - não deixar de onerar o agente do crime com obrigações adicionais, que não têm que ser necessariamente monetárias: se voluntariamente proposto pelo próprio infrator ou a este sugerido e aceite, não se nos colocam objecções de princípio a que aquele mobilize especiais conhecimentos, previamente utilizados no crime, em benefício da comunidade - exemplificando, se um corretor aproveitou uma brecha no sistema de controlo do mercado de valores para, com isso, praticar crimes, será assim tão despropositado utilizar os seus especiais conhecimentos para blindar tal sistema? Se um hacker consegue mudar um algoritmo do sistema bancário, com isso

desviando milhões de Euros, porque não trabalhar com os reguladores para aumentar a solidez bancária?

A própria manifestação de interesse dos agentes (devidamente controlados) mostra a comutação do seu comportamento, desiderato das soluções restaurativas.

Não perdendo de vista que a “compensação” do comportamento do agressor não atende apenas às vítimas individuais mas também à própria comunidade, que se pretende a prevenção de novos crimes, a expressão de vontade daquelas não pode ser plenipotente, antes tem que ser enquadrada na tríplice consideração que expusemos.

Questão relevante é a de saber qual o modelo de justiça restaurativa mais adequado a esta categoria de crimes.

Na Lei 21/2007, artigo 4º nº 1, primeira parte, se prevê que “A mediação é um processo informal e flexível”; qualquer que seja a concreta solução restaurativa a implementar, a plasticidade do formato tem que ser a regra: apenas casuisticamente se poderá garantir a eficácia do processo e sistema, pois que a multiplicidade da vida é impossível de conter em fórmulas estanques, anquilosadas temporal e geograficamente - e sempre temos que considerar as (pelo menos) indiretas vítimas, o concreto agente e comportamento danoso.

O nº 5 do mencionado artigo prevê que “O teor das sessões de mediação é confidencial”, solução que nos parece merecer análise: certo que as vítimas não pretenderão, muitas das vezes, que se publicite o seu sofrimento e os agressores certamente quererão gerir os danos dos seus comportamentos ilegítimos, mas em determinadas situações parece-nos que a publicidade é elemento vital do processo, sobretudo do lado do agressor.

Além de expor a real amplitude do ato, de permitir à sociedade tomar conhecimento e ficar sensível à (tentativa de) repetição daquele, o agressor não tomará de ânimo leve a prática restaurativa, como um mero substitutivo de uma ação penal, antes perceberá que o seu comportamento merece uma (tendencialmente) generalizada censura: e o fito preventivo, seja, a inculcação no espírito do agressor da não repetição do ato

Justiça restaurativa no domínio dos crimes económicos? Breves notas

criminoso será tanto mais vincada quanto mais abrangente for o conhecimento daquele.

Não obstante, deverão sempre ser as partes, em comunicação, a decidir em última linha pela publicidade ou não da prática restaurativa ou, quando menos, dos seus elementos mais relevantes.

Defendemos que, qualquer que seja a concreta solução mobilizada, além de entidades representativas de cidadãos, sempre que possível deverão estar representadas também entidades representativas dos setores nos quais os agressores tenham levado a cabo a sua atividade criminosa:

Uma das medidas complementares a cogitar passa mesmo pela reparação dos danos de imagem criados - pense-se num valor pago por entidades bancárias cotadas em bolsa ao regulador de mercado com vista a implementação de programas de prevenção de comportamentos ilegítimos ou de campanhas informativas que permitam aos consumidores estarem mais sensibilizados para práticas ilegítimas.

Vimos supra que nos crimes económicos mais gravesos (serviu de exemplo a burla qualificada, nos casos em que os prejuízos causados sejam superiores a €20.400,00 em Portugal) impossibilitada está a mediação penal.

Podem soluções restaurativas ser formalmente admissíveis mas a sua operacionalização se mostrar assaz complicada, sobretudo pela impossibilidade de adequada identificação das vítimas, de cálculo aproximado de danos económicos, de gravidade epidémica do crime ou mesmo porque a especificidade do(s) concreto(s) crime(s) - técnica e/ou tecnológica - mobiliza conhecimentos técnicos e científicos em embrionária fase; nestes casos, livros brancos ou comissões de verdade poderiam desempenhar um papel mais adequado - o exemplo sul-africano posterior ao Apartheid permitiu mesmo refundar uma nação.

Apenas quando as práticas restaurativas não sejam aceites por todas as partes, com as adaptações que se mostrarem necessárias, o recurso à máquina punitiva estadual e às sanções penais tradicionais se justificará.

Aos agentes que operacionalizem as concretas práticas restaurativas e formalizem as soluções exige-se um especial cuidado: não pode um posicionamento negativo sedimentado das vítimas (ou entidades que as representem) impedir que a assunção voluntária de responsabilidades e desejo de reparação de danos pelo agressor se concretizem e se traduzam num acordo - mas também se não poderá tentar obter um acordo a todo o custo, sobretudo em momentos mais próximos do ato ofensivo e em épocas socialmente frenéticas.

E, parafraseando Braithwaite ¹⁴, apenas perante a sistemática ineficiência da prática restaurativa para o agressor entrará o sistema estadual punitivo em ação.

Com o que dissemos, mister é afirmar a exequibilidade do modelo restaurativo no domínio da criminalidade económica.

As dificuldades de investigação (amiúde os meios ao dispor do crime são bem mais favoráveis que aqueles ao dispor das entidades investigatórias e órgãos de polícia criminal), a complexidade probatória destes crimes e o sistema económico global tornam o sistema punitivo tradicional falho no combate a este tipo de crimes.

As soluções restaurativas permitem combater os efeitos dos atos criminosos (se complementados com medidas tendentes não apenas à reparação de danos mas também à sua prevenção, nomeadamente reforço de regulação dos setores económicos concretamente atingidos), reforçam a confiança comunitária na validade das normas após a sua violação (pois percebem que a impunidade dos infratores é apenas uma miragem), previnem a prática de novos crimes (pois que o esforço colocado no infrator permite que este não apenas interiorize a negatividade do seu comportamento passado mas adapte também os seus futuros comportamentos).

Assinale-se que a abordagem global (vítima-sociedade-agressor) e a adaptabilidade das práticas, somadas à implementação de soluções casuisticamente adequadas, sem o vetor retributivo de clausura, colocam a Justiça Restaurativa em si

¹⁴ Restorative Justice and Corporate Regulation *In* From Restorative Justice in Context: International Practice and Directions. Willan Publishing: Portland, 2003, p. 8

mesma como um avanço civilizacional ou, quando menos, um marco na forma como abordamos os conflitos jurídico-penais.

Além das tradicionais finalidades preventivas associadas às penas criminais, sempre se tem como bandeira o restabelecimento das relações entre agressor e vítima e o agressor e a sociedade.

Fechando a quadratura do círculo: a vítima é compensada pelos danos sofridos, o agressor assume o erro e compensa os efeitos do mesmo, a comunidade reforça a confiança num sistema operante de normas.

CONCLUSÃO

Numa sociedade cada vez mais líquida, de confrontação pela confrontação, a opção por uma forma diversa de aplicar a Justiça Penal não se revela fácil.

Não obstante o caminho a trilhar ser penoso e moroso, perante a evidência do fracasso do sistema secular instalado, perante formas cada vez mais completas e complexas de criminalidade, sobretudo na área económico-financeira, defendemos que soluções de Justiça restaurativa são passíveis de ser aplicadas.

De forma substitutiva ou complementar, através de comissões de verdade ou pela vida consensualizada, acompanhada ou não de medidas adicionais conducentes à tendencial diminuição dos efeitos do crime, a prevenção e repressão da criminalidade económica tem aqui uma via de trabalho.

Política e socialmente ingrata atualmente, não se nega, mas dogmaticamente adequada à ideia de Direito Penal como de verdadeira *extrema ratio*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Braithwaite, John; Restorative Justice: Theories and Worries. Experts' Papers, 123rd International Senior Seminar, Resource Material Series n. 63, Tokyo, 2004;
- Braithwaite, John; Restorative Justice and Corporate Regulation *In* From Restorative Justice in Context: International Practice and Directions, Willan Publishing, Portland, 2003;

- Coldren, James; Transnational Crime and Restorative Justice, (2012) Homeland Security Review.6(2);
- Costa, José de Faria e Andrade, Manuel da Costa; Sobre a Concepção e os princípios do Direito Penal Económico *in* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I - Problemas Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1998;
- Gabbay, Zvi; Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime *In* Cardozo Journal of Conflict Resolution. n. 421, New York, 2007;
- Santos, Cláudia Cruz; A Justiça Restaurativa (Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?), Coimbra Editora, 1ª Edição, Coimbra, 2014;
- Walker, Loreen; Huikahi Restorative Circles: Group Process for Self-Directed Reentry Planning and Family Healing, European Journal of Probation, University of Bucharest, Vol. 2, n. 2, 2010.

Um dilema europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

JESSICA HIND RIBEIRO COSTA¹

DANIEL MOURA BORGES²

Universidade Federal da Bahia (Brasil)

INTRODUÇÃO

O atentado terrorista ocorrido em Paris no dia 07 de janeiro de 2014 na sede da revista Charlie Hebdo, causando a morte de 12 pessoas levanta novamente o questionamento sobre a possibilidade de coexistência pacífica entre as liberdades religiosa e de expressão.

Em casos de tamanho clamor público há reações de tristeza e revolta que levantam o risco da liberdade religiosa ser ameaçada em nome da liberdade de expressão ou, por meio de atos violentos, a imprensa livre seja cerceada por atos violentos. Que liberdade deveria prevalecer a religiosa ou a de imprensa, sendo que ambas são corolários de um só grande direito fundamental, o direito a liberdade?

Durante o clamor público, com os ânimos exaltados, podemos observar posicionamentos dos mais diversos, mas, muitos deles, baseados apenas na emoção decorrente do ato condenado. Surgiram nos dias posteriores à violência manifestações pela liberdade, como a “Marcha Republicana”, que reuniu em Paris entre 1,2 a 1,6 milhões de pessoas³ que

¹ Doutoranda e Mestra em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Professora da Faculdade Ruy Barbosa/ DeVry Brasil.

² Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, professor da Faculdade Ruy Barbosa/ DeVry Brasil.

³ Estimativa publicada pelo jornal parisiense Libération. Disponível em: <http://www.liberation.fr/societe/2015/01/11/en-direct-la-place-de-la-republique-noire-demonde_1178277> . Acesso em: 15 jan. 2015.

pretendiam reforçar as instituições republicanas, sobretudo o direito de expressão. Por outro lado, surgiram na Europa manifestações que pregavam o combate ao islamismo, como a ocorrida em Dreden, prontamente combatida pela chanceler alemã Angela Merkel, através de movimento favorável à tolerância religiosa.

É justamente nesses momentos que devemos tentar analisar academicamente, sobre os demais aspectos, e sobre os mais variados ramos das ciências, os fatores humanos envolvidos nesse processo para, frente ao ocorrido, desenvolvermos aprendizados teóricos e práticos que possam apresentar soluções, ou ao menos hipóteses, para a solução do problema, no caso, devemos buscar formas de equacionar interesses jurídicos muitas vezes diversos. Não cabe ao estudioso tomar partido de tendências atuais nem dogmas religiosos para analisar a questão, mas tentar, ao máximo, balizar seu julgamento diante de premissas científicas que permitam fornecer aos que estudam seus parâmetros para tomarem as decisões mais racionais possíveis.

Considerando a vasta gama de conhecimento humano necessária para esgotar todas as suas facetas envolvidas no tema, o presente trabalho analisa apenas o aspecto jurídico da questão. Num primeiro momento questionamos se existe uma teoria geral dos direitos fundamentais que deva ser aplicada em toda e qualquer situação e sobre quais ordenamentos jurídicos. Posteriormente, essa análise será feita no âmbito do arcabouço normativo da União Europeia e apresentada uma possível solução jurídica para a coexistência pacífica entre direitos fundamentais. Para tanto, analisaremos o direito fundamental da liberdade, tomando como pano de fundo o ataque ocorrido em Paris, para, então, verificar se há a possibilidade de garantia simultânea do direito à liberdade religiosa e à liberdade de expressão.

1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muitos autores internacionalmente reconhecidos como Karl Larenz (1997, p.265-267), por exemplo, discutem, ainda hoje, sobre a existência de uma teoria geral do direito. Muito tem sido escrito, e não constatamos, ainda, um posicionamento

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

doutrinário pacífico sobre a matéria. Tradicionalmente, sempre falamos em uma teoria geral do direito, mas, diante de novos questionamentos trazidos, chegou-se a discutir não apenas os contornos dessa teoria geral, mas, como dito, sobre sua própria existência.

Esse tipo de discussão, além de seu evidente conteúdo jurídico, acaba abarcando um conteúdo histórico e político. Sobretudo com a expansão imperialista do século XIX, houve uma elevação do pensamento e da cultura ocidentais à condição de superiores às demais nações, muitas vezes consideradas como não-civilizadas, tendo, inclusive, essa condição sido prescrita em tratados internacionais, a exemplo do estatuto da Corte Internacional de Justiça, que, em seu artigo 38, faz uma menção direta às “nações civilizadas”.

Superado esse momento histórico, notadamente através da independência das ex colônias nas Américas (LAGO, 2003, p.15), os países recém-libertos passaram a reivindicar o respeito a sua cultura e tradição próprias, o que abarca, por certo, o Direito, notadamente os seus direitos fundamentais, a exemplo da autodeterminação.

Frente a esta nova realidade, a defesa de uma teoria geral do direito, além dos questionamentos próprios acerca de sua viabilidade, passou a incluir questões geopolíticas.

1.1 A (IN)EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO DIREITO

Antes de definirmos se existe ou não uma teoria geral dos direitos fundamentais, essencial à proposta deste trabalho, devemos identificar se é possível falarmos em uma teoria geral do direito.

Constantemente, nos estudos, coloca-se como opostas as teorias jusnaturalistas e juspositivistas, ou seja, algo como uma relação juspositivismo-restritivismo e naturalismo-generalismo. Apesar de entendermos que essa dicotomia não surte efeito prático atual, a manteremos aqui por questões didáticas. Assim, os autores positivistas, pelo apego ao ordenamento jurídico local, é comumente imputado um restritivismo em relação ao sistema jurídico internacional.

Aos naturalistas, por outro lado, por basearem suas teorias em preceitos “superiores” como a moral e a ética, suas teorias perpassariam automaticamente os diversos ordenamentos jurídicos, além das normas internacionais.

Apesar de haver certa verdade em tais assertivas, elas não podem ser tidas como inquestionáveis. Hans Kelsen, por exemplo, a quem é comumente atribuído o rótulo de autor positivista, prevê em sua “teoria pura” a existência de uma norma “fundamental” (KELSEN, 1999, 152), superior, inclusive, à própria constituição localizada no topo do sistema piramidal de Georg Jellinek.

Ao reconhecer que há tal norma superior, Kelsen propõe uma generalidade intrínseca a sua própria teoria. Se a norma superior paira sobre todos os ordenamentos jurídicos, bem como as normas de direito internacional, haveria uma generalidade intrínseca, também, ao próprio direito. Sendo assim, uma teoria geral do direito seria, de acordo com a teoria de Kelsen, plenamente possível. A elaboração kelseniana e seus desdobramentos representam, sem dúvida nenhuma, o ponto alto deste esforço que conduz a uma metajurisprudência analítica e axiomática, que permite uma sistematização formal das regras. (LAFER, 1988, p. 76)

Mas se há elementos gerais, que perpassam os diversos ordenamentos jurídicos, como levar em conta as diferenças culturais entre os diversos estados e nações? Se o estudo da clássica dicotomia juspositivismo *versus* jusnaturalismo tende a demonstrar que a teoria geral do direito estaria preservada em sua essência, ao levarmos em conta os aspectos geopolíticos, a generalidade do direito entra em terreno nebuloso. O uso do critério geográfico depende da definição de um parâmetro sobre o qual o estudo irá operar (TSVETKOV, 2015, p.90). Sendo assim, para determinar se uma teoria geral do direito é abrangente o suficiente para ser considerada geral, devemos determinar um marco que defina o início e o fim dessas regiões. Podemos exemplificar o problema trazendo a clássica dicotomia entre ocidente e oriente.

Com o fim da guerra fria e subsequente queda do muro de Berlim, o mundo até então polarizado passou a ter uma dita

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

potência vencedora hegemônica, os Estados Unidos da América – EUA. Terminada a bipolarização, novos centros de poder político-econômico foram ganhando maior notoriedade como a União Europeia, o Japão e, posteriormente, os países do sudeste asiático conhecidos como “tigres asiáticos”. Mas se o bloco ocidental foi considerado vencedor, até onde sua cultura se estenderia? Caso utilizássemos o meridiano de Greenwich, tradicionalmente apontado como marco para dividir os hemisférios ocidental e oriental do globo terrestre, para fazer tal divisão 90% da Europa ficaria no “bloco oriental” do mundo.

O critério político não garante segurança. Se utilizarmos a Rússia como exemplo, observaremos que, apesar de estar comumente associada à cultura europeia, por ser um estado multiétnico e multicontinental, não possui uma cultura dominante, tendo, diversas vezes mais afinidade com países da extinta União Soviética do que com a União Europeia, por exemplo (MUGGAH, 2014).

Podemos fazer a mesma associação com o extremo oriente. Apesar do Japão estar mais próximo da China, ele possui maiores vínculos econômicos com a União Europeia e com os Estados Unidos do que com aquele país asiático.

Se utilizarmos o critério religioso essa classificação fica ainda mais confusa. Para alguns, o ocidente vai até onde se inicia o islã. Mas como fazer esse tipo de distinção atualmente, uma vez que, apesar de existirem países institucionalmente islâmicos, muitos não o são, mas possuem uma população majoritária de fiéis desta religião?

Vamos além, entendemos não ser possível utilizar esse critério sequer nos países historicamente ocidentais, pois dentro da própria União Europeia, por exemplo, são residentes um número considerável de islâmicos, mas que preservam vários dos seus costumes religiosos originários.

Uma análise sociológica demonstra que, mesmo levando em conta as diferenças locais, há um certo padrão de conduta que se repete nas diversas sociedades. Émile Durkheim (2007,p.73) afirma que um comportamento transgressor é esperado numa sociedade, sendo, inclusive, considerado normal. Pegando o exemplo dado pelo autor da transgressão das normas penais,

temos que tanto o excesso quanto a inexistência de crimes em uma sociedade pode ser considerado patológico. Para ele, um número não exagerado de transgressões das leis é esperado em uma sociedade considerada normal, sendo a inexistência de tais transgressões considerada patológica. Da mesma maneira, a não existência de crimes em uma sociedade não poderia ser considerado normal.

Diante da análise do tema, sobre uma perspectiva multidisciplinar, pudemos constatar a existência de uma teoria geral do direito, mas que esta deve sofrer adaptações locais para preservar sua generalidade, bem como garantir a aplicabilidade de seus institutos.

1.2 A (IN)EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de ser considerada como produto da soberania de um povo, uma constituição deve garantir a proteção dos direitos fundamentais, bem como balizar, através do sistema de molduras (ALEXY, 2014, p.584), a produção legislativa ordinária. Desta maneira, uma lei ordinária não seria, em sua produção, restringida apenas pela constituição formal, mas pelos preceitos de direitos fundamentais contidos na própria constituição e fora dela.

Ainda que seja levada em conta a teoria dualista do direito internacional, qual seja, aquela em que consideramos a existência de dois sistemas jurídicos distintos (o interno e o externo), esses dois dialogam frequentemente. Se considerarmos a existência de uma teoria geral, esse diálogo será ainda mais intenso, uma vez que haverá um núcleo duro de regras, princípios, procedimentos e lógica jurídica que deverão, necessariamente, estar presente num ordenamento interno, tenha sido ele derivado do poder constituinte originário interno, ou importado de um consenso adotado pela lógica jurídico-normativa internacional.

Entendemos que os direitos fundamentais internacionais que fazem parte dessa teoria geral do direito, estariam num patamar hierarquicamente superior às normas de direito interno. Esse pensamento está, conforme demonstrado acima, de acordo com o apregoado por Hans Kelsen.

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

Ao considerarmos a existência de uma teoria geral do direito, estaríamos, necessariamente, reconhecendo que, mesmo verificando a existência de particularidades culturais e jurídicas de cada povo, existiria um núcleo normativo que abarcaria os preceitos dessa teoria geral. Neste sentido:

Direitos humanos envolvem sempre reivindicações específicas de liberdade de expressão, segurança da pessoa etc. A base ontológica continua infundada, sem substância e determinação, um recipiente vazio que autoriza o legislador e recebe conteúdo e predicação de atos históricos da elaboração das leis. Direitos humanos instalam a contingência radical da proclamação linguística no coração dos acordos constitucionais.
(DOUZINAS, 2009, p. 109)

Seja fundamentado em uma lógica jurídico-positiva, seja baseado em normas consideradas maiores, esse núcleo se mesclaria às soberanias nacionais, limitando, de certa forma, o Poder Legislativo local. Para manter a estrutura lógica do sistema jurídico interno, o legislador local deveria preservar esse núcleo, estabelecendo, por fazer parte da sociedade internacional, garantias mínimas para a previsão e aplicação dos direitos fundamentais.

Para tanto, devemos definir os contornos da norma de direito fundamental para saber quais os tipos de prescrição que deverão ser preservadas em qualquer sistema jurídico.

Entendemos que “são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p.76), ou seja, não é qualquer norma prevista na constituição ou no sistema internacional, mas um tipo específico que visa garantir dos direitos básicos do homem e da sociedade na qual ele está inserido. Percebemos, dessa forma, uma dialética entre a constituição formal de um estado e as normas de direitos

fundamentais que ela prega e que devem, necessariamente, ser preservadas por fazerem parte do núcleo de proteção internacional.

Desta maneira, não existe apenas uma teoria geral do direito, mas uma teoria geral dos direitos fundamentais. Esta é espécie daquela, sendo, portanto, aplicados todos os seus preceitos.

2 A ADEQUAÇÃO DA CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para dirimir qualquer dúvida que houvesse sobre a aplicação dos direitos fundamentais na União Europeia, foi aprovada na cidade de Nice em 2000 a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa de 2009, a Carta passou a ter “força jurídica vinculante, conforme os demais tratados que regulam o bloco” (MACHADO, 2013, p.142).

Há neste instrumento internacional a presença explícita das liberdades religiosa e de expressão. O legislador comunitário pareceu anteceder os embates que poderiam surgir entre esses dois direitos e tentou equalizar sua existência pacífica. Isto porque, o fanatismo religioso conduz, muitas vezes, ao terrorismo e é, justamente, para combater essa prática que “os Estados mais se sentem tentados a denegar a plenitude dos direitos de defesa aos suspeitos” (RIQUITO, 2001, p.65).

Cabe ao Tribunal de Justiça da União Europeia (MACHADO, 2013, p.93) garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais. Para tanto, o cidadão europeu que teve seus direitos violados dispõe perante esse órgão judiciário de instrumentos que garantam a coercitibilidade e executoriedade de suas decisões, como, por exemplo, a Ação por Descumprimento.

A Comunidade Europeia é uma criação de Direito. É este o elemento novo que a distingue de todas as tentativas anteriores no sentido de unir a Europa. Não é a força nem a conquista que servem de meio de

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

unificação, mas uma força espiritual, o Direito. A majestade do Direito deve criar o que a espada e o sangue não puderam fazer há séculos (TOSTES, 2004, p.208).

Sendo assim, é através de uma política legislativa e judiciária efetivas que a União Europeia poderá garantir a coexistência harmônica desses direitos, uma vez que “a liberdade religiosa e a liberdade de expressão fazem parte do elenco dos direitos mais fundamentais [...]” (GUERREIRO, 2005, p.65).

Neste sentido é importante destacar que os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação passaram a ser pedra de toque dos direitos fundamentais na União Europeia demonstram a crescente preocupação de vedar a discriminação entre seus membros (ACCIOLY, 2006, p. 308).

2.1 POLÍTICA E RELIGIÃO

Política e religião estão comumente interligados. Dessa maneira, iremos analisar sobre quais aspectos esses temas podem influenciar na garantia dos direitos fundamentais relativos às liberdades de expressão e de religião na União Europeia.

2.1.1 Política

A política costuma representar uma ideologia daqueles que se filiam a um partido ou a uma corrente partidária, de certa maneira, como forma de resumir a forma de ver o mundo de seus integrantes. Ocorre que, muitas vezes, essa união que deveria buscar a melhoria da comunidade pode, por perseguição cega, transformar uma ideia inicial virtuosa em um atentado aos mais altos valores humanos.

A história nos mostra que, quando levada ao extremo, as ideologias podem produzir grandes males. Os exemplos de atrocidades cometidos pela extrema direita são mais comumente difundidos no meio acadêmico, sobretudo através das práticas dos governos nazi-fascistas, como o holocausto e demais práticas de terror provocadas durante a segunda grande guerra que assolaram o mundo e quase destruíram a Europa. Mas não nos devemos nos esquecer que também existiram atrocidades

cometidas pelos regimes comunistas. Da mesma forma que os regimes de extrema direita, regimes de extrema esquerda, como o de Stalin, promoveram deslocamentos involuntários em massa (LILIN, 2009, p.95), prisões políticas executadas nos Gulags (campos de concentração soviéticos) e imposição aos mais fracos de uma ideologia dominante, sob pena de fortes represálias.

O surgimento de uma ideologia requer um processo temporal. Inicialmente, surge uma ideia, coletiva ou individual. Posteriormente, essa ideia passa a ter seus objetivos e princípios interpretados pelos doutrinadores. No momento final, surgem as ideologias quando “o substrato das ideias foi assimilado e aceite pelo menos por uma parte da sociedade” (FERNANDES, 2004, p.83). Seria uma espécie de seguir a ideia convertida em ideologia às cegas.

A visão de mundo de um político pode ser fruto de uma junção nas proporções que mais lhe aprouver das mais diversas ideologias, ainda que ostente defender alguma “bandeira” partidária ou política fundada sobre alguma ideologia política orientadora.

Se fizermos uma análise *lato sensu* do termo política, qual seja, não apenas observando seu conteúdo político-eleitoral, mas nas relações realizadas pelos cidadãos cotidianamente, a observação se mantém intacta. O cidadão comum, como ser racional (DESCARTES, 1996, p.38), pode formular por suas experiências próprias as teorias que pretende seguir. “Nenhum homem pode assumir sua humanidade fora de uma estrutura social, ainda que mínima. E nenhuma forma de estrutura social pode existir sem alguma forma de processo político” (RIBEIRO, 1998, p.11).

O indivíduo, na condição de administrador público, legislador ou de cidadão comum, é necessariamente um ser político, já que social (ARISTÓTELES, 2011 p.420), mas não segue, obrigatoriamente, uma ideologia orientadora.

Qualquer pessoa ao realizar um juízo de valor utiliza um “filtro” que converte o fato em si num conhecimento empírico e racional próprio. O senso crítico pessoal e coletivo deve prevalecer sobre as ideologias para que não incorramos no perigo

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

de autoritarismos e extremismos, bem como na improdutividade de novas ideias.

2.1.2 Religião

É inegável o poder de persuasão que a religião exerce na mente humana. Os líderes religiosos têm forte influência sobre seus seguidores, sendo a ideologia religiosa o combustível que move essa relação, mas isso não deve servir de pretexto para afastar a responsabilidade pessoal em caso de abuso.

Por mais importante que seja a influência de um líder, é a responsabilidade pessoal que deve ser acionada. O agressor, seja ele o mentor ou o executor de ataques terroristas, é quem deve ser responsabilizado. Uma ideologia pode ser contrária à moral e aos direitos humanos, mas até a mais pura das ideias pode ser corrompida para a realização dos mais execráveis males. Quantos textos sagrados que pregam a paz, como a Bíblia e o Corão foram utilizados com os mais sórdidos fins. Quantos “Torquemadas” e “Bin Ladens” assombraram a humanidade baseados em textos que pregam o amor ao próximo. Uma ideologia orientadora de cunho religioso é “menos evoluída” do que outra? É claro que não.

Como vimos acima, ainda que agindo sobre o pretexto de uma ideologia, o indivíduo pode distorcê-la a ponto de tornar algo totalmente diferente da proposta doutrinada e aceita como verdade. Além do mais, ele pode agir sem se basear em qualquer ideologia, apenas em suas convicções pessoais, utilizando falsamente uma ideologia como escudo. Devemos buscar os agentes culpados por seus atos e deixar o livre debate de ideias definir quais delas são as mais virtuosas e quais são as mais nefastas. Mas isso só ocorrerá com o debate aberto e sincero e não com a defesa cega de uma ou outra ideologia tida por culpada de todos os males do mundo. Neste sentido, Bauman alerta para o necessário cuidado em estabelecer essa categorização de um grupo como se tivesse a mesma base (e intensidade) ideológica, fomentando, pois, um discurso de pânico:

Indivíduos e grupos ou categorias de pessoas têm negada sua subjetividade humana e são reclassificadas pura e

simplesmente como objetos (...) para os responsáveis pelas medidas de segurança em favor daqueles cuja própria segurança é considerada ou declarada sob ameaça”. (BAUMAN, 2013, p. 78)

A análise social crítica é muito diferente da adoção ideológica. Pois há no primeiro caso um choque natural de pensamentos diversos, buscando uma síntese mais próxima da verdade possível. Uma ideologia pode levar o seguidor a uma busca cega dos objetivos por ela pregados. Não é uma ideologia, uma ideia ou valores que constroem campos de concentração e centros para treinamento de terroristas, ela apenas serve de pretexto para a ação individual, por isso a responsabilização pessoal é essencial para impedir a impunidade. Em relação às ideologias, é necessário que haja um debate aberto sobre seus contornos e se sua aplicação a rigor violaria as mais altas normas de direito internacional.

Quando ocorrem atentados terroristas, ficamos com o receio de que o medo generalizado crie uma intolerância ao diferente, podendo gerar, como resposta, ainda mais ódio, provocando uma espiral de violência. Essa espiral pode levar a uma percepção distorcida da realidade por parte de uma sociedade. Exemplo disso é a visão de que estaria havendo uma invasão islâmica na Europa (YE'OR, 2010), quando dados de pesquisa realizada pelo Eurobarometer (2012)⁴ constatam que apenas 2% da população europeia se declara muçulmana.

Não se trata de uma previsão catastrófica, pois não acreditamos que a espiral evolua ao ponto de quebrar o equilíbrio da União Europeia, pois suas instituições estão bem estruturadas para garantir a paz na região.

⁴ Programa de pesquisa desenvolvido pela Comissão Europeia para fornecer dados estatísticos sobre diversos temas referentes à União Europeia.

2 LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Entendemos que a liberdade é um direito fundamental do homem. Sendo assim, é um conceito que faz parte da teoria geral do direito. Regimes teocráticos, como os encontrados em diversos países árabes, tendem a utilizar a Sharia, ou seja, os versos com caráter jurídico contidos no Corão para operacionalizar o direito. Apesar do conteúdo essencialmente religioso, pela dinâmica da própria sociedade, o direito tradicionalmente religioso não apresenta sempre soluções para um caso concreto. Nesse caso, é cada vez mais comum a utilização do costume jurídico para a solução de controvérsias (POZZOLI, 2003, p.52).

A liberdade é um direito fundamental garantido internacionalmente. Independentemente da religião adotada por um ordenamento jurídico ela deve ser aplicada, ainda que com adaptações relacionadas ao contexto e ao local. Mesmo que observada sobre outro ângulo, a liberdade é um direito fundamental em qualquer parte do planeta, inclusive nos países árabes.

Não existe liberdade religiosa sem que exista liberdade de expressão. A liberdade religiosa pode ser considerada como uma das formas de se viver conforme seus valores e propagá-los para aqueles que se interessem por eles. E essa propagação, de forma mais ou menos intensa, se dá através da liberdade de expressão e de imprensa. Caso haja um domínio religioso e intransigente em um estado, provavelmente a propagação religiosa através da imprensa de uma fé divergente será cerceada.

E é por isso que os atentados ocorridos na França causaram um dano não apenas aos feridos, mas um dano às próprias liberdades mencionadas, inclusive com o risco de uma reação popular contrária ao islã. Ao praticar tais atos, os terroristas poderiam ter cerceado a liberdade de exercer e propagar a fé dos próprios muçulmanos. Isto só não ocorreu por contra da rápida reação das autoridades europeias contra manifestações racistas e xenófobas ocorridas logo após os atentados. A Europa é um continente historicamente

multicultural, multiétnico e multireligioso, sempre demonstrando o forte desejo de permanecer fiel a sua própria diversidade.

Já a liberdade de imprensa baseia-se na livre expressão de ideias. E o que é a crença religiosa além de um conjunto de ideias direcionadas ao elemento espiritual do ser humano? Ser livre para divulgar é ser livre para publicar ideias nas mais diversas áreas. Se houver restrição de publicação dos temas de conteúdo religioso, inutilizamos o direito à liberdade de expressão. Por isso esta liberdade se relaciona a liberdade religiosa. São interdependentes.

Temos uma associação direta entre as duas liberdades e a conceitos correlatos. A liberdade de expressão está associada ao conceito de imprensa livre e a liberdade religiosa ao de tolerância. A liberdade de imprensa é um corolário necessário da liberdade de expressão, pois aquela é uma das formas mais importantes de aplicação desta. Não tem como se falar em liberdade de expressão quando os meios de comunicação não têm liberdade para expor suas opiniões e pontos de vista sobre determinado assunto.

Já a tolerância é elemento essencial para que a liberdade religiosa seja exercitada. Tolerar significa suportar uma opinião oposta às suas convicções pessoais, sobretudo as mais profundas. Não significa apenas discordar, pois a discordância pode recair sobre ideias igualmente aceitas, mas que em determinados pontos entram em choque. A tolerância é mais frágil, pois não significa aceitar a ideia do outro, nem, caso não interesse, debate-la, mas suporta-la. Isso não quer dizer que uma ideia deva se sobrepor a outra, ou que uma é melhor a outra, mas apenas que são incompatíveis e que para coexistirem em um estado democrático de direito devem ser suportadas (GUERREIRO, 2005, p.88).

As medidas de proteção positivas, como imposições e restrições referentes à liberdade de expressão religiosa, configuram “a possibilidade de agravamento dos eventuais ressentimentos da maioria em relação ao grupo minoritário” (FERREIRA, 2011, p. 186), o que pode manipular a opinião pública nacional em sentido contrário a liberdade dos grupos plurais que coexistem na União Européia.

A liberdade é um conceito plural e relativizado. Plural porque abarca os diversos pontos de vista individuais, e relativizado porque não pode ser usada como instrumento

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

violador do direito alheio. “Por conseguinte, a liberdade de cada um é relativizada pela liberdade de todos” (FERNANDES, 2004, p.10).

Apesar de a liberdade ser um conceito relativizado, entende-se que deve ser constantemente defendida contra arroubos autoritários, porque, levando em conta os ensinamentos da história, George Orwell, com quem concordamos nesse ponto, em mais de uma oportunidade (como em a “Revolução dos Bichos” e em “1984”) apregoa que “aqueles que renunciam à liberdade em troca de promessas de segurança acabarão sem uma nem outra” (HITCHENS, 2007, p.121).

CONCLUSÃO

A União Europeia nasceu com um objetivo muito maior do que uma simples união econômica. Visava a harmonização da Europa e a criação de uma identidade europeia. Para tanto, assegurou diversas garantias ao povo europeu, reforçando os direitos fundamentais que tiveram terreno fértil para crescer no continente.

Apesar de terem sido organizados principalmente pela doutrina ocidental, pudemos demonstrar que os direitos fundamentais evoluídos nesse processo têm aplicabilidade para as mais diversas culturas. Por isso, advogamos por uma teoria geral do direito, sobretudo por uma teoria geral dos direitos fundamentais.

Desta maneira, como direito fundamental que é, a liberdade não pode ser cerceada. Pode até subdividir-se em espécies, como no caso das liberdades de expressão e religiosa, mas ainda assim, mantém seu caráter fundamental. Conforme demonstrado, não há como existir liberdade incompleta. Todas as suas facetas devem ser protegidas e garantidas para que ela possa existir em sua plenitude.

Prejudicar a liberdade de expressão em favor da liberdade de religião ou vice e versa é o mesmo que prejudicar o próprio conceito de liberdade como um todo. O mesmo deve ser dito ao exercício desses direitos. Não se trata apenas de uma garantia meramente formal, mas material. Através de seus institutos jurídicos, a União Europeia garante aos seus cidadãos e aos

estrangeiros em seu território o direito de expressar sua fé sem que sofra represálias, da mesma forma, ainda que discorde veementemente de posturas editoriais tomadas pelos meios de comunicação, não cabe a ninguém, sobretudo amparado por ideologias radicais, praticar atos de violência verbal ou física contra aqueles que, dentro da legalidade, proferem suas ideias.

Atentados como o ocorrido no Charlie Hebdo representam uma dupla agressão; contra a liberdade de expressão e de religião. Essa prática pode acirrar os ânimos da população, criando uma associação infundada entre a religião apregoadada pelos agressores e seus atos praticados. Surgiria, então, um efeito colateral que atingiria aqueles que seguem pacificamente o islã. Em um só golpe, ambas as liberdades seriam feridas.

Para aqueles que ultrapassam os limites, que não exercem conscientemente a sua liberdade, cabe enfrentar o devido processo legal, sendo julgado por seus atos, sem que qualquer ideologia possa ser utilizada como justificativa, sob pena de fazer imperar a impunidade ou o preconceito. Para tanto, a própria União Europeia tem um aparato judicial próprio para fazer valer as normas dessa organização internacional, garantindo, desta maneira, a coexistência entre as liberdades de expressão e de religião.

Reconhecemos que pensar numa convivência tão harmônica pode ser vista como uma visão por demais arrojada e otimista. Mas a própria União Europeia foi fruto de uma ideia arrojada e desacreditada por muitos. Sem a modesta contribuição daqueles que se importam com os rumos da sociedade internacional, este estará nas mãos daqueles que usam o ódio para destruí-la. Pensar em alternativas pacíficas, ainda que arrojadas, apenas reforça a vitória das canetas sobre as armas, do direito sobre a barbárie: *je sui Charlie, je sui Islamique, je sui Chrétien....je sui Humain.*

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Elizabeth. Os Direitos Humanos na União Européia. In: **Temas Emergentes de Direitos Humanos**, Campos dos Goytacazes. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

Um dilema Europeu: qual o limite da liberdade religiosa?

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ARISTÓTELES. **Política**. Edição Kindle, 2011. Disponível em:<http://www.amazon.com.br/Pol%C3%ADtica-Spanish-Edition-Arist%C3%B3teles-ebook/dp/B005EHRQ5G/ref=pd_cp_kinc_1>. Acesso em: 14 jan. 2015.
- BAUMAN, Zigmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro; Zahar, 2013.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DOUZINAS, Costas. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- EUROBAROMETER. **Special Eurobarometer 393, 2012**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf>. Acessado em: 15. Jan. 2015.
- FERNANDES, António José. **Direitos Humanos e Cidadania Europeia: fundamentos e dimensões**. Coimbra: Almedina, 2004.
- FERREIRA, Gustavo Assed. Minorias Nacionais: entre os direitos humanos e o direito das minorias. In: **O Direito e o futuro da Pessoa**. Estudos em homenagem ao Professor Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo; Atlas, 2011.
- GUERREIRO, Sara. **As Fronteiras da Tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem**. Coimbra: Almedina, 2005.
- HITCHENS, Christopher. Repensando a Revolução dos Bichos. In: ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- LAGO, Pedro Corrêa do. **O Século XIX nos Documentos Latino-Americanos**. São Paulo: Capivara, 2003.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo; Companhia das letras, 1988.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LILIN, Nicolai. **Educação Siberiana**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2009.
- MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MUGGAH, Robert. **Repensar o Ocidente**. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=3059&tipo=acervo>>. Acesso em: 18 abr. 2014.
- POZZOLI, Lafayette. **Direito Comunitário Europeu: uma perspectiva para a América Latina**. São Paulo: Método, 2003.
- RIBEIRO, João Ubaldo. **Política: quem manda, por que manda, como manda**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- RIQUITO, Ana Luísa. **O Conteúdo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. In: RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J. C. Vieira de; CANOTILHO, J. J. Gomes; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel; RAMOS, R. M. Moura; MOREIRA, Vital. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**: Coimbra: Coimbra, 2001.
- TSVETKOV, Yanko. **Atlas of Prejudice: the complete stereotype map collection**. Seattle: Alphadesigner, 2015.
- TOSTES, Ana Paula B. **União Europeia: o poder político do direito**. São Paulo: Renovar, 2004.
- YE'OR, Bat. **Eurabia: the euro-arab axis**. Edição Kindle. New Jersey: Fairleigh Dickinson University Press, 2005.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

ANDRÉ RICCI DE AMORIM¹
Universidade de Coimbra (Portugal)

INTRODUÇÃO

Por mais óbvio que possa parecer, não é demais afirmar que a água é fonte de vida. Além do seu uso direto pelos seres humanos, a água está presente como elemento de desenvolvimento humano, prementemente na atividade agropecuária, na geração de energia e no abastecimento das indústrias².

No entanto, apesar da água cobrir cerca de 70% da superfície do planeta Terra, estima-se que apenas 2.5% estejam disponíveis para o consumo humano. Além disso, o quadro é agravado em virtude de apenas 1% dessa água estar efetivamente

¹ Mestrando em Direito Internacional Público e Europeu na Universidade de Coimbra, Portugal; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil (Master's student in Public International and European Law at the University of Coimbra, Portugal; Bachelor of Law at the Federal University of Rio de Janeiro, Brazil).

² Nesse sentido, Leff traz uma reflexão que demonstra a importância da água para a existência humana ao afirmar que: “A água é a origem da vida. Mais de 75% do planeta e do corpo humano são compostos de água. Antes de nascer vivemos envoltos em água no útero materno. A água é fundamental para a manutenção da vida. A água é, junto com o ar, a terra e o fogo, um dos elementos constitutivos do mundo que habitamos. A água circulou livre e abundante, alimentando a vida do planeta... Depois do ouro negro e do ouro verde, hoje a água surge na superfície do mercado como o ouro azul. Para isso, foi necessário produzir sua escassez, para inseri-la na lógica da economia. A exuberância e a gratuidade da água levaram ao desperdício e ao uso irracional do recurso” (LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010. P. 109).

disponível para o consumo, pois o restante da água potável não está facilmente ao alcance das pessoas, encontrando-se em sua forma sólida, em especial, nos glaciares e campos de gelo. Em síntese, apenas 0.007% da água total do planeta está disponível para o uso de quase sete milhões de pessoas³.

Se por um lado esse recurso é abundante no planeta, por outro a quantidade de água disponível para o consumo e sua distribuição, em termos globais, não ocorre de forma igualitária. Nesse sentido, sua escassez em determinadas áreas faz surgir uma série de conflitos, especialmente em regiões como Oriente Médio e bacia do rio Nilo, na África⁴.

Em julho de 2015, a Divisão de População do Departamento de Economia e Assuntos Sociais das Nações Unidas, divulgou um relatório em que prevê uma população global de mais de mais de 11 bilhões até o final deste século⁵. Portanto, conclui-se que o aumento populacional implicará diretamente no aumento do consumo de água e, conseqüentemente, poderá contribuir para o aumento dos conflitos envolvendo o seu uso.

Nesse cenário de escassez surgem diversos instrumentos internacionais que visam a proteção dos recursos hídricos e sua melhor distribuição às populações, uma vez que casos de conflitos envolvendo o uso da água se mostraram recorrentes desde o último século.

I. O DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA

Os diversos tratados de proteção à pessoa humana surgidos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 mostram a preocupação em universalizar as garantias

³ Os dados são valores aproximados e estão disponíveis em: <http://environment.nationalgeographic.com/environment/freshwater/freshwater-crisis/>. Acesso em: 15 Abr. 2016 às 20h21.

⁴ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas: Millennium Editora, 2012, P. 18-19.

⁵ Trata-se do relatório *Perspectivas da População Mundial – Revisão de 2015*, disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/events/other/10/index.shtml>. Acesso em: 16 Abr. 2016 às 17h09.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

mínimas que devem ser concedidas ao ser humano independentemente de sua nacionalidade, orientação política, religião e quaisquer outras diferenças intrínsecas a sua existência. Tal concepção é trazida logo no artigo 1º da referida Declaração ao informar que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Portanto, pode-se concluir que o conceito dos Direitos Humanos posterior à Segunda Guerra Mundial passou a ser baseado na ideia de que os Estados devem respeitar a dignidade da pessoa humana de forma universal e indivisível⁶.

De fato, a ideia inicial de universalidade dos direitos humanos gerou um desconforto internacional, pois muitos atribuíam essa concepção baseada puramente no pensamento ocidental. Contudo, Cançado Trindade lembra que o que se buscava não era a imposição de uma determinada “forma de organização social, ou modelo de Estado, nem sequer uma uniformidade de políticas”, mas sim que os Estados adotassem ações mínimas que convergissem com os valores e preceitos básicos da Carta Internacional dos Direitos Humanos⁷.

Com o passar do tempo, muito se discutiu quais seriam os direitos que deveriam ser consagrados como um direito humano, porém nos últimos anos o que ganhou notoriedade internacional foi o uso da água como direito fundamental de todo ser humano.

⁶ Sobre essa questão, os relativistas entenderem que a universalidade traria a imposição de regras para culturas multifacetadas, a universalidade defendida está no sentido de criar um mínimo ético que torne a condição humana em si já suficiente para reconhecer e exigir o devido respeito e a garantia de direitos. A indivisibilidade quer dizer que, ao garantir os direitos civis e políticos do ser humano, deve-se observar a garantia dos direitos sociais, culturais e econômicos de forma que no caso de violação de algum deles, entender-se-á que todos os outros também foram.

⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993-2013). Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014. P. 70. Vale ressaltar que o autor quando cita a “Carta Internacional dos Direitos Humanos” se refere à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os dois Pactos adicionais.

Ao defender tal posicionamento, Leuzinger também afirma que o direito de acesso à água vai muito além do mero direito ao meio ambiente equilibrado, pois, embora relacionados, podem existir hipóteses onde o ambiente natural é preservado sem que as populações locais usufruam dos “recursos hídricos para suprir suas necessidades básicas”⁸. De todo modo, cumpre ressaltar que o reconhecimento da água como um direito humano não foi um processo fácil, ao contrário, foi um processo árduo até o pleno reconhecimento internacional que só ocorreu há cerca de seis anos.

Primeiramente, para entender o processo de construção dos direitos humanos de forma geral é necessário saber qual seria o *télos* da questão – palavra grega que significa propósito, objetivo ou sua finalidade. Como se trata de algo extremamente complexo, para fins didáticos, optou-se por seguir a ideia de Herrera Flores que defende, de forma concisa, que os direitos humanos são direitos conquistados a partir de um processo de luta por acesso aos bens necessários para se levar uma vida digna. Seguindo esse raciocínio, o autor rompe com a teoria tradicional e assevera:

Os direitos humanos, mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida. Como vimos, os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional. Uma constituição ou um tratado internacional não criam direitos humanos. Admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai

⁸ LEUZINGER, Márcia. Recursos Hídricos. In: O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency Irigaray (Org.). Peirópolis; Brasília: IIEB, 2005. P. 249.

de seu próprio círculo vicioso. Daí que, para nós, o problema não é de como um direito se transforma em direito humano, mas sim como um “direito humano” consegue se transformar em direito, ou seja, como consegue obter a garantia jurídica para sua melhor implantação e efetividade. Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas. Exterior, pois as constituições e tratados “reconhecem” – evidentemente não de um modo neutro nem apolítico – os resultados das lutas sociais que se dão fora do direito, com o objetivo de conseguir um acesso igualitário e não hierarquizado “a priori” aos bens necessários para se viver. Interior, porque essas normas podem dotar tais resultados de certos níveis de garantias para reforçar o seu cumprimento (certamente não de um modo neutro nem à margem das relações de forças que constituem o campo político)⁹.

Ora, partindo do pressuposto de que a água é um elemento vital e essencial para a garantia de uma vida digna pode-se presumir, a partir das afirmações de Herrera Flores, que o

⁹ HERRERA FLORES, Joaquin. *A Reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução de Carlos Roberto D. Garcia; Antônio Henrique G. Suxberger; Jefferson A. Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. P. 28.

acesso à água poderia ser entendido como um verdadeiro direito humano.

Fachin e Silva esclarecem que a garantia de acesso à água potável é condição mínima de higiene que todo ser humano deveria ter acesso, pois, até mesmo para o Estado, se torna vantajosa uma vez que se mostra uma medida profilática contra a difusão de determinadas doenças e, conseqüente, evita gastos com o tratamento médico de sua população¹⁰.

De fato, é inegável que a água é, no mínimo, um bem necessário para se levar uma vida digna. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o consumo de água necessário para satisfazer as necessidades domésticas de um indivíduo deve ser de, no mínimo, 70 litros por dia¹¹.

Seguindo nesse entendimento de que água possui um papel de extrema importância na vida do ser humano, Shiva eleva o acesso à água ao nível máximo, sendo tratado como um direito natural:

(...) água é um direito que nasce da natureza humana, das condições históricas, das necessidades básicas ou de noções de justiça. Os direitos à água como direitos naturais não se originam com o Estado; eles surgem de um dado contexto ecológico da existência humana¹².

Nesse diapasão, a temática de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos ganhou grande relevância não apenas em âmbito regional, mas também no cenário mundial. Logo, mister se faz destacar alguns marcos icônicos na proteção e reconhecimento

¹⁰ FACHIN e SILVA. Op. Cit. P. 25.

¹¹ Conforme a cartilha *Minimum Water Quantity Needed for Domestic Uses*. Disponível em: http://ec.europa.eu/echo/files/evaluation/watsan2005/annex_files/WHO/WHO5%20-%20Minimum%20water%20quantity%20needed%20for%20domestic%20use.pdf. Acesso em: 24 Nov. 2016 às 19h23.

¹² SHIVA, Vandana. *Guerras por Água: Privatização, Poluição e Lucro*. São Paulo: Radical Livros, 2006. P. 36.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

da água como um bem indissociável da própria existência humana, a saber: a Conferência das Nações Unidas sobre Água de 1977, realizada em Mar Del Plata, Argentina; a Conferência Internacional sobre a Água e o Desenvolvimento Sustentável de 1992, realizada em Dublin, Irlanda; a Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento de 1994, realizada no Cairo, Egito; e a Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000, realizada em Nova Iorque, Estados Unidos.

De igual forma, importante se faz mencionar a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como ECO-92, realizada na cidade do Rio de Janeiro, Brasil, que permitiu a assinatura de alguns acordos entre os Estados participantes no sentido de reforçar a ideia de que a água é um elemento essencial para existência humana, conforme estabelecido outrora na Resolução da Conferência sobre a Água de Mar da Prata. Nessa toada, o Capítulo 18 sobre a proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos, especificamente no item 18.2 da Agenda 21, trouxe em seu bojo a seguinte premissa:

A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é garantir que sejam mantidas fontes adequadas de água de boa qualidade para toda a população deste planeta, preservando ao mesmo tempo as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas dentro dos limites de capacidade da natureza e combatendo vetores de Doenças relacionadas com a água (tradução do autor)¹³.

¹³ O trecho original: “*Water is needed in all aspects of life. The general objective is to make certain that adequate supplies of water of good quality are maintained for the entire population of this planet, while preserving the hydrological, biological and chemical functions of ecosystems, adapting human activities within the capacity limits of nature and combating vectors of water-related diseases*”. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>. Acesso em: 24 Nov. 2016 às 19h57.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, vale destacar alguns instrumentos internacionais, tais como: a Declaração Universal do Direito das Águas, de 22 de março de 1992; a Resolução A/Res/54/175 de 1999 da Assembleia Geral¹⁴; a Resolução 2001/2 da Comissão de Direitos Humanos da ONU; a Resolução 2002/6 da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção às minorias da Comissão de Direitos Humanos da ONU; o Comentário Geral nº 15 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas que veio regulamentar os artigos 11 e 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵; a Resolução 58/217 de 2004 das Nações Unidas; e as Resoluções A/HRC/RES/7/22 e A/HRC/RES/12/8 de 2008 e 2009, respectivamente.

Neste íterim, outro compromisso que merece destaque é o conjunto de Objetivos de Desenvolvimento do Milênio que, em setembro de 2000, estabeleceu como uma de suas metas “reduzir para metade, até 2015, a percentagem da população sem acesso permanente água potável”. A meta foi alcançada e acesso à água potável aumentou em todas as regiões, com exceção do Cáucaso e Ásia Central¹⁶.

Portanto, vê-se que o reconhecimento do acesso à água potável foi fruto de um processo de luta que, posteriormente e contrário aos interesses do grande capital, passou a ser defendido como um direito humano.

¹⁴ Apesar do destaque, nota-se que o Artigo 12, item (a), não exprimiu a verdadeira necessidade de acesso à água, pois trazia a ideia de que o acesso à água constituía um mero imperativo moral dos Governos nacionais e da comunidade internacional. O texto completo desta Resolução se encontra disponível em:

<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175>.

Acesso em: 30 Abr. 2016 às 13h47.

¹⁵ Acerca desse instrumento, Amorim considera que esse foi o primeiro reconhecimento explícito no plano internacional, um verdadeiro marco na história dos direitos humanos (AMORIM, João Alberto Alves. *Direito das águas: o regime jurídico da água doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. São Paulo: Lex Editora S.A. 2009. P. 180).

¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório Sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. P. 46-47. Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/mdg/MDG-PT-2013.pdf>>. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 19h05.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas vem demonstrando claramente seu entendimento de que a água é fundamental à existência humana e que os Estados precisam garantir o acesso de seus nacionais a esse bem tão precioso.

Finalmente, em 2010, através da Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral, reconheceu-se pela primeira vez o acesso à água potável e ao saneamento básico como um direito humano fundamental¹⁷. Assim, tem-se disposto no item 1 do referido diploma que essa organização internacional “reconhece o direito à água potável e ao saneamento como um direito humano que é essencial para o pleno gozo da vida e de todos os direitos humanos” (tradução do autor)¹⁸.

Barlow ressalta que essa Resolução da ONU foi um feito histórico, uma vez que reconheceu expressamente o direito humano à água potável e ao saneamento, relacionando-o com o pleno gozo do direito à vida¹⁹.

No entanto, a despeito de todo esforço em tornar o acesso à água um direito humano, não é correto acreditar que esses instrumentos internacionais são um fim em si mesmos e suficientes para garantir a água a todos os povos.

Herrera Flores demonstra que a mera codificação não garante ou cria qualquer direito, uma vez que a norma jurídica ao usar o verbo “ser”, quer dizer que, na verdade, “deverá ser”, pois caso suas premissas fossem entendidas como algo concreto seriam descrições sociológicas, propostas sociológicas ou um mero fato. Em outras palavras, o que o autor pretende dizer com essa

¹⁷ A Resolução foi aprovada com o apoio de 122 países, dentre os quais se podem destacar a Alemanha, o Brasil e Portugal. Apesar de não haver qualquer manifestação em sentido contrário, alguns Estados se abstiveram, tais como: Japão, Reino Unido e Estados Unidos.

¹⁸ O trecho original: “(...) *recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights*”. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 16h07.

¹⁹ BARLOW, Maude. Nosso Direito à Água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas. Revista Internacional de Direito Ambiental, vol. I, n. 01, jan.-abr. de 2012, p. 178.

afirmação é que todas as garantias devem ser buscadas constantemente, no sentido de que:

(...) uma norma, e isso tem de ser reconhecido desde o princípio, não é mais que um meio, um instrumento a partir do qual se estabelecem caminhos, procedimentos e tempos para satisfazer, de um modo “normativo”, as necessidades e demandas da sociedade. Uma norma nada mais pode fazer por si só, já que sempre depende do conjunto de valores que impera em uma sociedade concreta²⁰.

De qualquer forma, não se pode negar que a expressa manifestação das Nações Unidas na Resolução A/RES/64/292 representou uma grande importância para garantir o cumprimento da meta do milênio e tornar a água um bem cujo acesso deve ser estendido a todo ser humano. Por outro lado, não se pode admitir que isso foi suficiente já que estima-se que atualmente cerca de 750 milhões de pessoas ainda não possuem acesso à água potável, demonstrando, assim, que ainda há muito a ser feito²¹.

II. ÁGUA: A MOEDA DO SÉCULO XXI

As conferências, compromissos e instrumentos jurídicos mencionados alhures traduzem o entendimento de grande parte da comunidade internacional quem vem buscando proteger os recursos hídricos e, conseqüentemente, contribuem para a promoção efetiva do acesso à água potável.

Contudo, importante se faz ressaltar que esses instrumentos não possuem um condão vinculativo entre todos os Estados, fazendo com que ainda existam divergências quanto ao entendimento de universalidade do direito humano de acesso à água. Portanto, nota-se que alguns países são resistentes ao reconhecimento da água como algo fundamental para a existência humana. Reconhecê-la como um direito humano seria

²⁰ HERRERA FLORES. Op. Cit. P. 40.

²¹ Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_29176.htm>. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 18h50.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

incompatível com a ótica capitalista que deseja transformá-la em uma mercadoria altamente lucrativa.

De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a lógica mercatória aplicada no acesso à água afeta principalmente as populações hipossuficientes que habitam regiões distantes dos grandes centros urbanos. Isso se torna visível, por exemplo, nos casos concretos em que empresas, visando diminuir o prejuízo no transporte da água para longas distâncias, tornam o serviço mais caro e fazem com que frequentemente essas pessoas paguem de 5 a 10 vezes mais pelo litro de água²².

O referido Relatório também faz um alerta sobre os preços aplicados no serviço de abastecimento e mostra, implicitamente, o quão injusto pode ser o acesso à água em determinadas regiões do planeta:

As políticas de preço dos serviços de abastecimento público agravam o problema. A maioria dos serviços de abastecimento implementa agora tarifas por escalão progressivamente crescentes. O objectivo é aliar a equidade à eficiência através da elevação do preço em consonância com o volume de água utilizado. Na prática, acabam frequentemente por aprisionar as famílias mais carenciadas nos escalões mais altos (...). Em Manila, o custo de ligação ao serviço de abastecimento representa cerca de três meses de rendimentos dos 20% de famílias mais pobres, elevando-se a seis meses no Quênia urbano²³.

²² PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf>. Acesso em: 04 Abr. 2016 às 13h18.

²³ *Ibidem*.

A ativista ambiental Vandana Shiva tece duras críticas ao modelo adotado por alguns países e organizações internacionais que, sob o escopo de defesa do livre comércio ou melhoria na prestação do serviço, insistem em tratar a água como mercadoria. Na visão da autora, o ato de negar o acesso à água aos menos favorecidos através da privatização do sistema de distribuição pode ser comparado às práticas terroristas²⁴.

Conforme já citado, a difusão do entendimento de que a água é um direito humano encontra grande resistência por parte do grande capital, uma vez que contraria frontalmente seus interesses ao limitar o uso da água como mercadoria suscetível de exploração econômica. Barlow e Clarke ressaltam que esse fenômeno recente de exploração dos recursos hídricos tornou a água uma espécie de “ouro azul”, rendendo bilhões de dólares anualmente para as empresas desse setor²⁵.

Nas palavras de García, a comercialização da água neste século é vista como um dos negócios mais rentáveis, cuja estratégia é planejada de acordo com os seguintes pilares: *a)* considerar que os recursos hídricos são uma mercadoria; *b)* a privatização é fundamental, tornando-a submissa à lógica do mercado; e *c)* sua regulamentação deverá ser feita por instituições econômicas e financeiras internacionais, ou seja, não havendo mais espaço para decisões público-estatais uma vez que para ingressar no circuito da economia mundial o poder local deve ser limitado²⁶.

Nessa mesma linha, Barlow afirma que a Organização Mundial do Comércio criou uma nova ordem, em que

²⁴ SHIVA, Vandana. Water Wars: Privatization, Pollution and Profit. Cambridge: South End Press, 2002. P. 14.

²⁵ BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. O Ouro Azul: Como as Grandes Corporações Estão se Apoderando da Água Doce do Nosso Planeta. São Paulo: M. Books, 2003. P. 57. Nesse sentido, nota-se a importância da água não apenas quando explorada diretamente, mas também para as atividades econômicas em geral. De acordo com a organização *Water Footprint Network*, para se produzir uma folha de papel A4 se gasta cerca de 10 litros de água. Em outras palavras, vê-se que não apenas o ser humano precisa de água, mas também o capitalismo depende desta para a sua própria existência.

²⁶ GARCÍA, Anizia. El Derecho Humano al Agua. Madrid: Editora Trotta, 2008. P. 57.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

basicamente as empresas dos Estados Unidos, Canadá, Europa e Japão impõem seus interesses, fazendo surgir uma espécie de novo colonialismo que, nas palavras da autora, não chega mais em barcos como antigamente²⁷.

O próprio Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional já refletem a ideia de exploração econômica da água. Tem-se observado que as principais políticas defendidas por essas organizações internacionais são: *a)* privatização dos recursos hídricos em sentido estrito, ou seja, a “transferência pura e simples para o setor privado com a venda total ou parcial dos ativos”; *b)* transformação de um órgão estatal em empresa pública autônoma; e *c)* incentivo à formação das chamadas Parcerias Público-Privadas (esse último seria o modelo principal)²⁸.

García salienta que as empresas que defendem a gestão privada da água sustentam o argumento de que o problema seria na verdade a busca da comunidade internacional em considerar a água como um bem social. Nesse sentido, essas empresas afirmam ainda que a crise dos recursos hídricos muito se dá porque o preço pelo seu uso sempre foi mantido artificialmente baixo e, conseqüentemente, as populações utilizaram esse recurso de forma negligente e ineficaz. Assim, a solução proposta é de que o preço da água seja elevado e estabelecido conforme a lógica do mercado, para que, enfim, seja promovida uma gestão eficiente, uma vez que quanto mais cara a água menos desperdício haverá²⁹.

Para os defensores da mercantilização dos recursos hídricos e do acesso mais restrito à água, a exploração econômica não geraria a exclusão de parte da população mundial, ainda que, porventura, alguns não tenham condições de pagar por esse recurso essencial. Ao contrário, afirmam que isso representaria um avanço no uso eficiente dos recursos e implicaria no pagamento mais justo pelo seu uso. Nessa toada, Leff afirma:

²⁷ Citação extraída do documentário sobre a guerra da água, chamado “Ouro Azul - As Guerras Mundiais pela Água”.

²⁸ ALIMONDA, H. ; PARREIRA, C. ; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter . Água não se nega a ninguém. In: Hector Alimonda; Clélia Parreira. (Org.). Políticas Públicas Ambientais Latino-Americanas. 1ed. Brasília: Flacso-Brasil-Editorial Abaré, 2006, v. 1, p. 132.

²⁹ GARCÍA. Op. Cit. P. 58.

A privatização da água é promovida em um discurso que pretende obter o “uso racional e uma gestão eficiente da água”, fazendo com que os usuários paguem o “custo real” pelo abastecimento desse recurso. Assim, nessa fase da globalização econômica, a privatização da água inscreve-se nas estratégias de expansão do capital natural para absorver os bens e serviços ambientais, isto é, os bens naturais comuns da humanidade. A apropriação capitalista da natureza, que antes se alimentara da natureza definindo-a como recurso natural, agora tenta apropriar-se dos ecossistemas do planeta e governá-los sob os princípios da economia global e do poder supremo do mercado³⁰.

Vale ressaltar que a gestão dos recursos hídricos por empresas privadas ocorre quase sempre numa espécie de monopólio, em que um pequeno grupo de empresas domina o mercado. Bouguerra salienta que “70% do mercado privado são dominados pelas firmas francesas Vivendi, Suez-Lyonnaise e Saur/Bouygues; a alemã RWE e sua filial Thames Water sendo pesos-leves”³¹.

Esse oportunismo excludente travestido de “livre mercado” acaba por privar uma parcela da população que não terá condições de pagar um preço justo pela água potável. Nas palavras de Amorim, seria como condenar alguém “cujo pecado maior da vida – segundo o sistema capitalista – foi o de terem nascido pobres – e de assim estarem fadados a permanecer – à margem da opulência e da fartura que as benesses do capital proporcionam a uns poucos escolhidos pela providência”³².

³⁰ LEFF, Enrique. Op. Cit. P. 110.

³¹ BOUGUERRA, Mohamed Larbi. *As Batalhas da Água: por um bem comum da humanidade*. Petrópolis: Vozes, 2004. P. 145.

³² AMORIM, João Alberto Alves. Op. Cit. P. 70. Nesse sentido, Shiva relembra a

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

De acordo com a *OXFAM Intenational*, organização não governamental com sede no Reino Unido, em Lima, por exemplo, os mais pobres, moradores da periferia, pagam cerca de dez vezes mais pela água do que aqueles que vivem em zonas atendidas pelo sistema de abastecimento da cidade³³.

Importante se faz esclarecer que a ONU, ao declarar a água um direito humano, não visou extinguir a cobrança de tarifas ou permitir o seu uso ilimitado. O que se buscou foi garantir que os serviços de água e saneamento tenham preços razoáveis, sendo a contribuição de acordo com as possibilidades de cada indivíduo. Sobre o seu uso, espera-se que as pessoas possam usufruir nas atividades domésticas e pessoais de forma sustentável a fim de resguardar o acesso às futuras gerações.

Não bastasse a tentativa de tornar a água uma mercadoria, não se pode ignorar a realidade das pessoas que habitam regiões afetadas com a escassez de água que, além da privação, ainda podem ser submetidas a situações humilhantes que causam verdadeira repulsa. Um exemplo disso foram as denúncias encaminhadas à Comissão de Direitos Humanos da ONU, em que soldados e funcionários dessa organização estariam envolvidos em episódios de abuso sexual na República Centro-Africana. Um dos casos investigados envolve uma menina de apenas sete anos que disse ter sido constrangida a fazer sexo oral em soldados franceses em troca de uma garrafa de água e um pacote de biscoitos³⁴.

Infelizmente, relatos de exploração fazem parte do cotidiano de algumas populações que sofrem com a situação de precariedade de acesso à água. Deste modo, a inércia dos órgãos governamentais locais e internacionais compromete a reputação e a eficácia dos programas que visam minimizar a disparidade entre ricos e pobres no que tange o direito de acesso à água.

fala do presidente da Índia que afirmou: “*A elite entorna garrafas de bebidas gasosas enquanto os pobres têm que se virar com um punhado de água barrenta*” (SHIVA, 2006. Op. Cit. P. 122).

³³ Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151026_lima_desigualdade_agua_lb>. Acesso em: 28 Mai. 2016 às 17h34.

³⁴ Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160304_denuncia_abuso_onu_fni>. Acesso em: 04 Abr. 2016 às 12h53.

Enfim, condicionar o acesso à água a favores trocados, perpetuando a prática de tratamentos degradantes ou simplesmente não garantir ao indivíduo o acesso por um preço razoável – principalmente aos hipossuficientes – é, de fato, ignorar o que preconiza o artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que informa ser direito de toda pessoa humana ter um “nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar”³⁵.

III. GUERRA PELA ÁGUA: O CASO DE COCHABAMBA

De acordo com os dados da ONU, até julho de 2015 a população mundial somava 7,3 bilhões de indivíduos. No entanto, projeta-se que esse número aumentará de forma exorbitante, podendo alcançar a marca histórica de 11 bilhões de pessoas até o final deste século³⁶. Esses dados mostram o quão rápido a população mundial crescerá num curto espaço de tempo, fazendo-se, por conseguinte, imaginar como solucionar a demanda por bens fundamentais, em especial: os alimentos e a água.

Por essa razão, a discussão de conflitos armados motivados pelo simples acesso à água não será tão incoerente num futuro próximo. Segundo Gleick:

(...) onde a água é escassa, a disputa por recursos limitados pode levar países a ver o acesso à água como um assunto de segurança nacional, como um elemento cada vez mais importante da política interestatal, incluindo conflitos violentos (tradução do autor)³⁷.

³⁵ Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 05 Abr. 2016 às 20h50.

³⁶ Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=51526#.WDY6pvrkK01>>. Acesso em: 30 Nov. 2016 às 21h19.

³⁷ O trecho original: “Where water is scarce, competition for limited supplies can lead nations to see access to water as a matter of national security, as an increasingly salient element of interstate politics, including violent conflicts”. GLEICK, Peter H. *Water and conflict: fresh water resources and international security*. *International Security*, Cambridge, v. 18, n° 1, 1993, P. 79.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

De qualquer forma, ainda que não sejam em escala global, esses conflitos já ocorrem: no Oriente Médio, a Guerra dos Seis Dias de 1967, travada entre Israel e Palestina, em que aquele ocupou as Colinas de Golã motivado, dentre outras razões, pelo controle das nascentes do Rio Jordão; na África, as disputas entre Etiópia, Egito e Sudão pelo controle do curso d'água do Rio Nilo³⁸.

Um caso recente de luta pela água, porém diverso dos citados acima, foi o conflito ocorrido em Cochabamba, Bolívia, no início deste século que ficou conhecido como “Guerra da Água”³⁹.

Shiva lembra que nos anos de 1990 a Bolívia estava submersa em dívidas. Como solução, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional – FMI - recomendaram a privatização de empresas estatais para o controle corporativo, em especial, a empresa municipal de água potável e saneamento – SEMAPA⁴⁰.

Shultz descreve que o governo boliviano seguiu as ordens do Banco Mundial e procederam na privatização do sistema de abastecimento e todas as fontes de água de Cochabamba até 2039. O autor ainda informa que, em setembro de 1999, havia apenas uma concorrente que, posteriormente, se tornou a vencedora: a *Aguas del Tunari*, empresa até então desconhecida, mas que depois descobriu-se fazer parte da gigante transnacional Bechtel⁴¹.

³⁸ Sobre essa questão, Fachin e Silva citam Kettelhut e alertam sobre o risco de possíveis conflitos neste século envolvendo a água: “No caso do Oriente Médio, região de grandes conflitos econômicos e sociais, a Turquia é quem controla as águas dos Rios Tigre e Eufrates que fluem para o Iraque e Síria, elevando, portanto, as previsões de que, neste século, poderá haver muitas guerras e conflitos pela posse da água nessa região do Planeta”. (KETTELHUT, J. T. Silva. Recursos Hídricos: Um Mundo em Conflito. 1991. P.4. In: FACHIN e SILVA, Op. Cit., P. 20).

³⁹ Pode-se dizer diverso, pois no presente caso não houve qualquer disputa entre Estados, mas sim o enfrentamento do comércio da água em que de um lado estava a população de Cochabamba e de outro o Governo Boliviano, buscando resguardar os interesses de grupos econômicos estrangeiros.

⁴⁰ SHIVA, 2006. Op. Cit. P. 123.

⁴¹ SHULTZ, Jim. *The Water is Ours, Dammit!*. In: *Notes From Nowhere* (ed.), *We are Everywhere: The Irresistible Rise of Global Capitalism*. London: Verso, 2003, p. 265. Disponível em: <<http://artactivism.members.gn.apc.org/allpdfs/264-The%20Water%20Is%20Ours.pdf>>. Acesso em 06 Abr. 2016 às 13h41.

Em relação às tarifas de água foi possível notar um aumento exorbitante, porém não há como afirmar uma porcentagem que reflita unanimidade. Shultz, por exemplo, afirma que inicialmente as taxas subiram cerca de 200% ou mais dependendo do caso⁴². Já alguns líderes locais, como Franz Taquichiri Yapura, afirmam que as tarifas subiram entre 600% a 800%⁴³.

A despeito dessa divergência, Shultz relata o drama vivido pelos trabalhadores carentes da região de Cochabamba, cujo salário mensal era de cerca de sessenta dólares norte-americanos e, com o aumento das tarifas de água, passaram a destinar cerca de um quarto de sua renda apenas para manter a água correndo em suas tubulações⁴⁴.

Diante da privatização da água em que as pessoas eram cobradas, inclusive, por coletar água da chuva, sucessivos protestos foram organizados por um grupo local que, posteriormente, ficou conhecido como *La Coordinadora*. Os líderes desse grupo eram basicamente representantes do sindicato dos trabalhadores de uma fábrica local, irrigadores e fazendeiros, grupos ambientais, economistas locais, membros progressistas do congresso e um vasto grupo de organizações e associações de base⁴⁵. Conforme Shultz relata, a situação se agravou quando:

Em Janeiro de 2000, após a empresa anunciar o grande aumento nas tarifas de água, a Coordinadora surgiu do nada com sua primeira ação pública quando a cidade parou numa espécie de greve geral. Por três dias

⁴² *Ibidem*.

⁴³ CECENA, Ana Ester. *La Guerra por el Agua y por la Vida*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2005. P. 105.

⁴⁴ SHULTZ. Op. Cit. P. 265. Sobre essa questão, o documentário “*Water Rising*” também traz diversos relatos de pessoas que, com o passar do tempo, deixaram de pagar as tarifas de água impostas pela empresa *Agua del Tunari* e, conseqüentemente, deixaram de ter acesso à água potável. Num determinado momento do documentário é possível ver crianças buscando água numa espécie de esgoto e uma mulher que busca tratamento médico para uma doença causada, provavelmente, pelo consumo de água contaminada.

⁴⁵ *Ibidem*.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

Cochabamba parou. Os bloqueios fecharam duas das principais rodovias que ligavam ao Centro de Cochabamba, impedindo o trânsito de ônibus e remessa de alimentos. O aeroporto foi fechado. Os bloqueios montados impediram o trânsito na cidade. Milhares de cochabambinos ocuparam arborizada praça central (tradução do autor)⁴⁶.

Barlow e Clarke lembram que os sucessivos aumentos nas tarifas de água só fizeram aumentar a insatisfação popular. Nesse sentido, pesquisas de opinião realizadas em Cochabamba demonstraram que cerca de 90% da população desejava que a filial da Bechtel devolvesse o controle do serviço de abastecimento à Administração Pública⁴⁷.

Diante desse cenário, líderes de *La Coordinadora* e o governador regional de Cochabamba se reuniram com o propósito de dar fim aos protestos. Durante o encontro, o governador assinou um acordo em que se comprometia em proceder na reanálise do acordo firmado com a Bechtel, bem como da lei que autorizava a privatização. No entanto, o acordo não foi cumprido e novos protestos foram organizados⁴⁸.

Shultz relata que por dois dias a região central de Cochabamba se tornou uma zona de guerra com policiais fortemente armados bloqueando a passagem dos manifestantes com uso de gás lacrimogêneo⁴⁹.

A Bolívia se via numa posição de extrema delicadeza: por um lado, atender ao pedido dos manifestantes cochabambinos evitaria o desgaste interno e colocaria fim aos conflitos; por outro

⁴⁶ O trecho original: “In January 2000, after the water company announced its huge rate increases, *La Coordinadora* sprang out of nowhere with its first public action, a city-wide paro, a general strike. For three days Cochabamba was shut down. Blockades closed down the two main highways leading in and out of town, eliminating bus transportation and food shipments. The airport was shut. Roadblocks cut off all traffic in the city. Thousands of Cochabambinos occupied the tree-lined, colonial central plaza” (SHULTZ. Op. Cit. P. 265-266).

⁴⁷ BARLOW e CLARKE. Op. Cit. P. 242.

⁴⁸ A lei que se faz menção é a Lei 2.029 de Água Potável e Esgoto Sanitário, de 29 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.lexivox.org/norms/BO-L-2029.shtml>>. Acesso em: 06 Abr. 2016 às 22h29.

⁴⁹ SHULTZ. Op. Cit. P. 266-267.

lado, caso o contrato de exploração do sistema de abastecimento de água em Cochabamba não fosse cumprido, a reputação do Estado, principalmente no cenário internacional, ficaria abalada.

Como o governo se manteve firme em garantir os interesses da Bechtel, a onda de greve e protestos se seguiu ao longo dos meses, culminando no último protesto, realizado em 04 de abril de 2000. Os dias que se seguiram foram de grande tensão, porém as autoridades locais aceitaram se reunir com os líderes de *La Coordinadora* para por fim definitivamente aos protestos. Shultz relata que o estopim para a “Guerra da Água” se deu no dia 08 de abril de 2000, quando os acontecimentos se tornaram conhecidos por todo o país:

Manifestantes incendiaram um prédio vazio do governo, gerando uma enorme nuvem negra de fumaça para o claro céu azul de Cochabamba. Soldados substituíram o gás lacrimogêneo por tiros. Uma emissora de televisão local capturou imagens de um capitão do exército, Robinson Iriarte de La Fuente, um graduado pela Escola das Américas dos Estados Unidos, disfarçado de civil atirando na multidão de manifestantes. Ele foi julgado mais tarde em um tribunal militar boliviano, sendo absolvido e posteriormente promovido a Major, mesmo com a notícia de que no momento em que atirava um menino desarmado de dezessete anos, Víctor Hugo Daza, foi morto por uma bala no rosto. Os colegas do rapaz trouxeram seu corpo ensanguentado para a praça e, revoltados e emocionados, realizaram uma vigília.

Cochabamba tinha chegado ao limite. O presidente Banzer, que agora enfrentava protestos sobre outras

questões em cidades de todo o país, deixou claro que não estava prestes a cancelar um contrato com uma grande corporação multinacional. Sua equipe de relações públicas foi trabalhar na criação de uma história falsa aos repórteres estrangeiros que os aumentos de preço tinham sido somente de 20 por cento e que os protestos de Cochabamba estavam sendo orquestrados por "narcotraficantes" com a intenção de desestabilizar o governo. Contudo, o povo de Cochabamba não estava disposto a recuar. As ruas continuavam se enchendo de manifestantes (tradução do autor)⁵⁰.

Como a situação se tornou insustentável, na semana seguinte o Parlamento aprovou uma nova lei com as modificações propostas pela *La Coordinadora* e o governo anunciou o que a população tanto esperava: o contrato foi rescindido e a Bechtel deveria sair da Bolívia. Diante disso, o controle do sistema de abastecimento retornou ao SEMAPA e as tarifas voltaram ao valor anterior.

⁵⁰ O trecho original: "Protesters set fire to a vacant state office building, sending a huge plume of black smoke into Cochabamba's clear blue sky. Soldiers switched from using tear gas to live rounds. A local television station captured footage of an army captain, Robinson Iriarte de La Fuente, a graduate of the US School of the Americas, disguised in plain clothes as he shot live rounds into a crowd of protesters. He was tried later in a Bolivian military court, and was acquitted, then promoted to Major, even though his flying bullets coincided exactly with the time an unarmed seventeen-year-old boy, Victor Hugo Daza, was killed by a bullet through the face. His companions brought his bloody body to the plaza and held an angry, emotional wake. Cochabamba had reached a bloody stand-off. President Banzer, who now faced spreading protests on other issues in cities all across the nation, made it clear that he was not about to cancel a contract with a major multinational corporation. His public relations staff went to work to spin a false story to foreign reporters that the price increases had only been 20 per cent and that the Cochabamba protests were being orchestrated by "narcotrafickers" intent on destabilizing the government. The people of Cochabamba were also not about to back down. The streets were still getting fuller" (SHULTZ. Op. Cit. P. 271-272).

Portanto, esse confronto demonstrou que a exploração econômica da água pode afetar tremendamente as pessoas que não tem condições de arcar com seus altos custos, comprometendo até mesmo sua sobrevivência. Esse exemplo de luta dos cochabambinos para garantir o efetivo acesso à água demonstra que as grandes corporações e alguns órgãos internacionais ainda não conseguiram encontrar uma maneira razoável e proporcional de explorá-la. Infelizmente, ainda existe um grande espaço que separa as práticas capitalistas e a garantia de certos direitos básicos. Por outro lado, felizmente foi possível notar que apesar das dificuldades encontradas ao agir contra o interesse do grande capital, ainda foi possível reivindicar por uma vida mais digna e lograr êxito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização e o alcance das mídias, mui especialmente pelo uso das ferramentas digitais, oportunizou uma troca de pensamentos e de cultura tornando o mundo ainda mais comparativo. Isso fez com que povos despertassem para a condição de vida a qual estavam tendo acesso e, inconformados, saíssem à luta por dias melhores. Essa luta é contra o sistema que insiste em excluir o ser humano do acesso aos bens básicos para manutenção de uma vida digna.

Em pleno século XXI não se pode mais admitir a privação do direito de acesso à água em virtude do interesse econômico. Isso seria um retrocesso, pois indiretamente estar-se-ia relativizando o direito à vida sem qualquer justificativa.

Ora, o esforço da comunidade internacional em criar instrumentos capazes de assegurar formalmente o direito humano de acesso à água, apesar de louvável, não pode ser considerado um dever cumprido e uma meta alcançada. Ao contrário, enquanto houver pessoas, leia-se aproximadamente 10% da população mundial sem acesso à água potável, a luta não pode acabar.

Enfim, a verdadeira garantia dos Direitos Humanos ocorre quando são garantidos aos indivíduos, sejam eles nacionais ou estrangeiros, não apenas qualidade na educação, saúde, moradia, cultura, e demais direitos constitucionais, mas também algo simples: água potável. Assim, eis lançado o desafio: buscar o

desenvolvimento econômico equilibrando-o também com o desenvolvimento humano, ou seja, garantindo o acesso aos bens mínimos para a existência do ser humano, em especial, o acesso à água potável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALIMONDA, H. ; PARREIRA, C. ; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **Água não se nega a ninguém**. In: Hector Alimonda; Clélia Parreira. (Org.). Políticas Públicas Ambientais Latino-Americanas. 1ed. Brasília: Flacso-Brasil-Editorial Abaré, 2006, v. 1, p. 115-144.
- AMORIM, João Alberto Alves. **Direito das Águas: o Regime Jurídico da Água Doce no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. São Paulo: Lex Editora S.A. 2009.
- BARLOW, Maude. **Nosso Direito à Água: um guia para as pessoas colocarem em prática o reconhecimento do direito à água e ao saneamento pelas Nações Unidas**. Revista Internacional de Direito Ambiental, vol. I, n. 01, jan.-abr. de 2012.
- BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **O Ouro Azul: Como as Grandes Corporações Estão se Apoderando da Água Doce do Nosso Planeta**. São Paulo: M. Books, 2003.
- BOLÍVIA. **Lei 2.029 de Água Potável e Esgoto Sanitário, de 29 de outubro de 1999**. Disponível em: <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-2029.xhtml>. Acesso em: 06 Abr. 2016 às 22h29.
- BOUGUERRA, Mohamed Larbi. **As Batalhas da Água: por um bem comum da humanidade**. Petrópolis: Vozes, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial dos Direitos Humanos (1993-2013)**. Fortaleza: IBDH/IIDH/SLADI, 2014.
- CECEÑA, Ana Ester. **La Guerra por el Agua y por la Vida**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2005.
- DIGITAL E MÍDIA. A cidade onde os pobres pagam dez vezes mais pela água. **BBC Brasil on-line, São Paulo, 2 Nov. 2015**. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/11/151026_li

ma_desigualdade_agua_lgb>. Acesso em: 28 Mai. 2016 às 17h34.

- DIGITAL E MÍDIA. Dia Mundial da Água: Quase 750 milhões de pessoas ainda não têm acesso à água potável adequada. **UNICEF Brasil on-line**, Nova Iorque, 20 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_29176.htm>. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 18h50.
- DIGITAL E MÍDIA. *Freshwater Crisis*. **National Geographic On-line**. Disponível em: <<http://environment.nationalgeographic.com/environment/freshwater/freshwater-crisis/>>. Acesso em: 15 Abr. 2016 às 20h21.
- DIGITAL E MÍDIA. “Sexo oral por biscoitos”: As denúncias de abuso sexual contra soldados e funcionários da ONU. **BBC Brasil on-line**, São Paulo, 6 Mar. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160304_d_enuncia_abuso_onu_fn>. Acesso em: 04 Abr. 2016 às 12h53.
- DIGITAL E MÍDIA. UN projects world population to reach 8.5 billion by 2030, driven by growth in developing countries. **UNRIC on-line**, Bruxelas, 29 Jul. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=51526#.WDy6pvkrK01>>. Acesso em: 30 Nov. 2016 às 21h19.
- EUROPEAN UNION. **Minimum Water Quantity Needed for Domestic Uses**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/echo/files/evaluation/watsan2005/annex_files/WHO/WHO5%20-%20Minimum%20water%20quantity%20needed%20for%20domestic%20use.pdf>. Acesso em: 24 Nov. 2016 às 19h23.
- FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Acesso à Água Potável: Direito Fundamental de Sexta Dimensão**. Campinas: Millennium Editora, 2012.
- GARCÍA, Anizia. **El Derecho Humano al Agua**. Madrid: Editora Trotta, 2008.

O direito humano à água e a guerra da água na Bolívia

- GLEICK, Peter H. *Water and conflict: fresh water resources and international security*. **International Security**, Cambridge, v. 18, nº 1, 1993, P. 79-112.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A Reinvenção dos Direitos Humanos**. Tradução de Carlos Roberto D. Garcia; Antônio Henrique G. Suxberger; Jefferson A. Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- KETTELHUT, J. T. Silva. **Recursos Hídricos: Um Mundo em Conflito**. 1991. In: Fachin, Zulmar; Silva, Deise Marcelino. Acesso à Água Potável: Direito Fundamental de Sexta Dimensão. Campinas: Millennium Editora, 2012.
- LEFF, Enrique. **Discursos Sustentáveis**. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.
- LEUZINGER, Márcia. Recursos Hídricos. In: **O Direito e o Desenvolvimento Sustentável: Curso de Direito Ambiental**. RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Huguency Irigaray. (Org.). Peirópolis; Brasília: IIEB, 2005.
- SHIVA, Vandana. **Water Wars: Privatization, Pollution and Profit**. Cambridge: South End Press, 2002.
- SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: Privatização, Poluição e Lucro**. São Paulo: Radical Livros, 2006.
- SHULTZ, Jim. *The Water is Ours, Dammit!* In: **Notes From Nowhere (ed.), We are Everywhere: The Irresistible Rise of Global Capitalism**. London: Verso, 2003, p. 264-277. Disponível em: <<http://artactivism.members.gn.apc.org/allpdfs/264-The%20Water%20Is%20Ours.pdf>>. Acesso em 06 Abr. 2016 às 13h41.
- UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 05 Abr. 2016 às 20h50.
- UNITED NATIONS. **Agenda 21**. <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>. Acesso em: 24 Nov. 2016 às 19h57.
- UNITED NATIONS. **Programa Das Nações Unidas Para O Desenvolvimento – Relatório de Desenvolvimento**

Humano de 2006. Disponível em: http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/hdr2006_portuguese_summary.pdf. Acesso em: 04 Abr. 2016 às 13h18.

UNITED NATIONS. **Perspectivas da População Mundial – Revisão de 2015.** Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/population/events/other/10/index.shtml>. Acesso em: 16 Abr. 2016 às 17h09.

UNITED NATIONS. **Relatório Sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.** P. 46-47. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/mdg/MDG-PT-2013.pdf>. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 19h05.

UNITED NATIONS. **Resolução A/Res/54/175 de 1999 da Assembleia Geral das Nações Unidas.** Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 13h47.

UNITED NATIONS. **Resolução A/RES/64/292 da Assembleia Geral das Nações Unidas.** Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292. Acesso em: 30 Abr. 2016 às 16h07.

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção jurídica na Constituição brasileira de 1988

AMANDA CRISTINA PACÍFICO¹
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

1. Considerações Iniciais

Esta pesquisa é de relevância para a conjuntura contemporânea em relação à saúde mental do trabalhador. A mesma tem como objeto de investigação as relações entre o meio ambiente do trabalho e a Síndrome de Burnout, uma patologia ocupacional de caráter psicossocial que tem acometido categorias profissionais que estão mais expostas a um elevado grau de estresse, em razão da pressão, responsabilidade, monotonia ou tensão, como exemplos podemos citar: trabalho de telefonistas, bancários, operadores de telemarketing, controladores de voos, anestesistas ou médicos e enfermeiros que atuam em pronto socorro e UTI, professores em geral, magistrados, agentes de polícia, digitadores e operadores de computação.

O presente artigo utilizará como recurso metodológico a análise descritiva da relação entre o trabalhador e o seu meio ambiente de trabalho para assim diagnosticarmos as repercussões jurídicas na vida deste.

O recorte metodológico, para fins de um artigo, nos levará a investigar apenas os agentes estressores provocadores da

¹ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Especialista em Direito Constitucional Uniderp – Anhanguera. Mestranda em Filosofia, linha de pesquisa: Ética e Filosofia Prática, do Programa de Pós Graduação em Filosofia da UFPB (Universidade Federal da Paraíba).

Síndrome de Burnout. O meio ambiente de trabalho é um espaço que deve ser juridicamente protegido.

Nesse sentido, a problemática fundamental é: Quais as consequências jurídicas na vida de um trabalhador acometido pela Síndrome de Burnout? Existem mecanismos jurídicos de prevenção e proteção à saúde mental desse trabalhador? De que modo o meio ambiente de trabalho com os seus agentes estressores, podem levar ao adoecimento o trabalhador, conseqüentemente à Síndrome de Burnout? A Síndrome de Burnout pode ser causa de um acidente de trabalho? A despeito das várias perguntas, trata-se de um único problema colocado de diferentes modos. A tentativa é tornar mais clara a nossa pretensão ao longo desta pesquisa. Para tanto, vamos tratar a organização do trabalho e o meio ambiente de trabalho como fatores determinantes e condicionantes para o desenvolvimento da Síndrome de Burnout.

Esta é uma das pesquisas mais relevantes para o mundo do trabalho contemporâneo. Devido aos poucos estudos desenvolvidos sobre o tema, sobretudo na área jurídica.

No Brasil, estatísticas do Instituto Nacional de Seguro Social têm indicado os transtornos mentais como a terceira causa de afastamento do trabalho, entre estes transtornos mentais, inclui-se a Síndrome de Burnout, também conhecida como a síndrome da desistência ou exaustão vital, um mal estar do século XXI. Vem sendo apontada na literatura psiquiátrica, devido à sua alta incidência em profissionais de diversas áreas inclusive a educação, como uma epidemia em algumas categorias profissionais.

Por se tratar de uma questão de saúde pública devido às suas implicações na saúde física, mental e social do trabalhador. Por isso os danos provocados na vida de um profissional acometido pela Síndrome de Burnout devem ser de conhecimento público. Dada à necessidade de efetivação do princípio constitucional da prevenção, pois o mesmo deve perpassar toda conduta organizacional de trabalho que cause lesão potencial, atual ou futura à saúde do trabalhador, mesmo que o dano não se concretize.

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

Em sentido oposto, não promover a prevenção, é não cumprir o espírito diretivo do constituinte originário em relação aos riscos sociais inerentes ao meio ambiente de trabalho. E quando se fala em efetivação de princípios, nos reportamos à eficácia de direitos, e não adequar o meio ambiente de trabalho do profissional seja ele qual for, aqui, especificamente, ao estudo de caso de um professor universitário é não permitir que o princípio da dignidade da pessoa humana produza os efeitos, na realidade, que dele se espera, permitindo a sua constante violação. O que significa fazer pouco caso da força normativa da Constituição, tratando-a como mera folha de papel.

A plenitude do Estado Democrático de Direito é garantida pela conquista da tutela jurídica, de uma solução civilizada dos conflitos. Isto é, que a dignidade da pessoa humana do trabalhador seja efetivamente tutelada e a Constituição concretizada. A inércia do Estado frente à saúde mental do trabalhador retarda o progresso jurídico e fortalece ao que negligenciam no seu papel de prevenção.

Portanto, este trabalho tratará: do direito ao meio ambiente de trabalho sadio e os direitos fundamentais do trabalhador; dos riscos psicossociais e síndrome de burnout: um mal estar na sociedade moderna. Da articulação desses pontos atingiremos a questão que move este trabalho: as repercussões jurídicas na vida deste trabalhador acometido pela Síndrome de Burnout.

2. Saúde: Direito fundamental que deve ser levado a sério.

Antes de adentrarmos na discussão sobre o meio ambiente de trabalho sadio, é necessário relevar a importância de uma mudança na mentalidade jurídica, para que se garanta a segurança e o direito tutelar do direito do trabalhador. É preciso lançar um olhar prospectivo ao tema em estudo e não retrospectivo.

A criação de uma nova mentalidade jurídica, como pressuposto a uma eficaz reforma no processo civil, tem sido apreendida pelos jusprocessualistas: O importante, no

Direito Processual, já não são os conceitos, mas é uma nova mentalidade de reforma, que se quer efetiva, e se faz urgente, porque é preciso transformar as condições sociais (GODINHO, 1992, p. 08).

Assim como houve a necessidade de uma reforma para se atingir celeridade na efetivação da prestação jurisdicional processual, uma razoável duração do processo se faz urgente mudar o modo de pensar a saúde mental do trabalhador no que tange aos efeitos de proteção e prevenção à saúde no meio ambiente de trabalho.

No ano de 1972, foi aprovada a Declaração de Estocolmo, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, sendo proclamada em seu princípio 1.

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

O conceito de ambiente é muito amplo. Porém se faz relevante destacar a importância à prevenção e proteção que deve haver no meio ambiente de trabalho para se garantir bem estar mental e físico ao trabalhador. Conforme lição de José Afonso da Silva, o conceito de ambiente deve ser globalizante. Dessa forma, o conceito de meio ambiente compreende três aspectos, quais sejam:

Meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

com o ambiente físico que ocupam;
Meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído;
Meio ambiente cultural, integrado pelo património histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, difere do anterior pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou (SILVA, 2004, p.21).

Como podemos caracterizar o meio ambiente de trabalho, a partir da lição José Afonso da Silva acima mencionada? Pode ser caracterizado como um meio ambiente artificial porque constituído pelo espaço urbano construído. Todavia, essa classificação é suficiente? Ela dá conta da descrição do meio ambiente de trabalho? Que outros elementos poderiam ser colocados para nos aproximarmos com mais fidelidade ao que se propõe? Por exemplo, o ambiente psicossocial do trabalho como se estrutura? Se estrutura incluindo a cultura organizacional, bem como atitudes, valores, crenças e práticas cotidianas do trabalho que afetam o bem estar mental e físico do trabalhador.

O direito ao meio ambiente sadio para o trabalhador é um direito fundamental, e parte integrante dos direitos sociais, consagrado a partir da Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, assim textualizado em seu caput:

todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Todo trabalhador tem direito a trabalhar em um meio ambiente salubre, sendo que este meio ambiente de trabalho pode ser propício para o desgaste ou exaustão profissional do cidadão trabalhador. A jurista canadense Anna-Marie Laflamme, em tese de doutorado defendida em 2008, reforça que:

No plano jurídico, o direito a proteção da saúde mental no trabalho é um direito fundamental reconhecido pela justaposição de diversos instrumentos internacionais e supranacionais. Ele nasce ao mesmo tempo do direito a saúde, que constitui um direito da pessoa humana, bem como do direito ao meio ambiente de trabalho sadio, parte integrante dos direitos sociais que visam à proteção dos trabalhadores contra a exploração de sua força de trabalho (LAFLAMME, 2008).

Assim como o direito ao meio ambiente de trabalho sadio é um direito fundamental, o direito à saúde, e em específico a saúde mental também o é, estando diretamente vinculada ao direito à vida.

A saúde mental do trabalhador é espécie da saúde genericamente considerada, a saúde do trabalhador é tutelada pelo direito do trabalho e a saúde pública é questão relevante do direito sanitário no campo do direito administrativo, a saúde, portanto é um direito fundamental que deve ser reconhecido tanto nas relações de direito público quanto nas relações de direito privado.

Segundo a concepção de saúde definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), temos: “A saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidade ou de doença”.

Referimo-nos aqui à saúde mental do trabalhador, espécie da saúde do trabalhador, corolário da dignidade da pessoa humana. Vamos nos restringir ao debate relativo à saúde mental, com relevância aos riscos psicossociais, espécie dos riscos sociais provenientes do meio ambiente de trabalho. Por isso a ênfase em limitarmos-nos ao meio ambiente de trabalho sadio e o direito a saúde mental, ambos direitos fundamentais do trabalhador.

Uma questão nos chama atenção. Será que ao falarmos em saúde, apenas nos referimos à ausência de doenças? O nosso estudo tem apontado que não há um consenso em torno da definição de saúde como ausência de doenças. Por isso mesmo,

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

está em curso uma mudança paradigmática sobre o modo como se compreende a saúde. Apesar de ainda mostrar-se forte a perspectiva segundo a qual o estudo da saúde limita-se ao estudo das doenças. É necessário, diria, urgente, uma profunda mudança de mentalidade. Que, de fato, já vem ocorrendo nos campos da Higiene, Medicina Preventiva e Medicina do Trabalho, como assinala o professor Jorge Bandeira de Mello da Universidade Estadual do Rio de Janeiro:

A primeira coisa que deseja salientar é que os médicos conhecem muito mais a respeito de doenças do que de saúde. A maioria dos médicos não está preparada para avaliar a saúde, pois a desconhece (MELLO, 1989, p.154).

Propõe-se um rompimento com o conceito negativo de Saúde que é a ausência de doenças. Ou seja, não se entende mais a saúde em um sentido que limita o seu significado. A saúde não é vista apenas por contraste à existência da doença, ou seja, em um sentido negativo. Contudo, salienta-se o seu sentido positivo, como um completo bem estar social, físico e mental.

Podemos apontar as interferências do ambiente social na saúde, situação esta já consagrada pelo Ordenamento Jurídico pátrio, segundo a dicção da Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/1990, que estabelece em seu art. 3º:

A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Importante salientar que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Portanto, a Lei acima referida, expressa de modo claro o que o Estado Democrático de Direito deve realizar para concretizar, o conceito de saúde, pois esta não está sob o controle do cidadão, ou de qualquer ser humano individualmente,

independe da vontade isolada de cada um. Urge que o Estado tal como está desenhado constitucionalmente, de fato, garanta o mínimo existencial comum. Que se assuma de uma vez por todas o que realmente importa tutelar. Entre as questões fundamentais observamos a que é objeto deste trabalho, os riscos psicossociais, riscos ocupacionais invisíveis. A sociedade condiciona o direito, mas o direito determina a sociedade, se o direito ignora a sociedade, a sociedade o ignora.

É urgente uma mudança paradigmática. Esta por sua vez, carregará consigo a mudança da mentalidade jurídica a qual nos referimos acima. Temos um arcabouço jurídico que precisa perfazer-se concretamente, isto é, na vida de cada cidadão que, no seu cotidiano, deve afirmar a Constituição de nosso País.

Todavia, importa que se compreenda que as lesões causadas à saúde do trabalhador também atingem partes do corpo humano que, aparentemente, não são visíveis aos olhos de todos e de cada um. Muitos dos trabalhadores em nossa sociedade sofrem em razão de uma visão limitada sobre o reconhecimento de uma lesão à sua saúde. Faz parte de uma crença comum a ideia de que uma lesão à saúde do trabalhador se identifica com uma lesão física. Esta, de fato, é uma ideia que permeia a nossa sociedade, os nossos cursos de Direito, parte da doutrina ainda ensinada, inclusive a mentalidade de advogados leigos no tema, e ainda o Poder Judiciário que a pouco e pouco vem se manifestando contra essa visão, digamos assim, curta, restritiva sobre o que foi mencionado acima.

E quando esta lesão não pode ser diagnosticada pela percepção de nossos olhos? Através da Ressonância Magnética? De Ultrassonografia? De Tomografia Computadorizada? Como é possível enxergar alguém que implodiu por dentro? Como reconhecer a doença quando a lesão é na Alma? Afinal de contas o que é a Alma? Filósofos e Cientistas dão as mais variadas respostas que aqui não cabe discutir, tão só referir. Para aquele que estiver lendo este artigo sabe muito bem do que se trata, muito embora, esse saber não seja rigoroso.

3. Síndrome de Burnout: um mal estar da sociedade moderna

Não vivemos em um oásis, fazemos parte de uma sociedade de risco, mas o que seria esta sociedade de risco?

Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial (BECK, 1995, p.15).

Ou ainda podemos afirmar segundo Beck;

Com o advento da sociedade de risco, os conflitos da distribuição em relação aos bens (renda, empregos, seguro social), que constituíram o conflito básico da sociedade industrial clássica e conduziram as soluções tentadas nas instituições relevantes, são encobertos pelos conflitos de distribuição dos malefícios. [...] o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isto levanta a questão da auto limitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões (de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano) atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças em potenciais. A definição do perigo é sempre uma construção cognitiva e social (BECK, 1995, p.17).

Qual é o futuro do trabalho? Este caminha cada vez mais para a diminuição de sua força de trabalho como consequência de riscos sociais cada vez mais presentes em nossa atual sociedade, onde o desenvolvimento tecnológico e a globalização econômica ostentam eliminar os menos capacitados e elevar os mais capacitados exigindo muito mais do cidadão trabalhador, do ser humano.

Cabe ao Direito interromper a fluência dos fatos sociais e econômicos, cabendo ao mesmo proteger o cidadão trabalhador, oferecer sentido de justiça à vida deste trabalhador, tendo como norte o princípio de que o trabalho deve se adaptar ao homem e não o inverso, pois se mantivermos um raciocínio puramente econômico, que calcula meios adequados para atingir fins desejados, isto é, menos custos e mais benefícios. Nada do que a lógica do lucro. Essa lógica passou a permear todas as dimensões da vida social moderna. Desse modo, daremos à saúde um valor pecuniário, tornando-nos condescendentes de um modo de pensar a vida em sociedade que atenta contra a dimensão ética da dignidade humana, valor fonte, o coração de todo ordenamento jurídico, que deve ser efetivado por meio da prestação jurisdicional, conferindo unidade a todo o sistema jurídico.

O trabalho é um dos fatores, por excelência, de formação da identidade do ser humano. Porém, quando este trabalhador exerce seu trabalho de modo exagerado e sem reconhecimento, podem surgir os problemas psicossociais, riscos sociais que podem resultar em uma patologia ocupacional, a exemplo da Síndrome de Burnout, objeto da nossa investigação.

A síndrome de burnout é um esgotamento físico e mental que traz uma série de sintomas para a vida profissional e pessoal do indivíduo. As causas e os sintomas não são universais. Dependendo das características das pessoas e das circunstâncias em que esta se encontra, o grau e as manifestações são diferentes (BENEVIDES, 2001, p.34).

Uma de suas características predominantes é a dedicação exagerada à atividade profissional, ataca os perfeccionistas no trabalho. A Síndrome de Burnout tornou-se um problema de saúde pública e desde 1970 esta síndrome vem sendo pesquisada nos Estados Unidos da América. A mesma importa custos significativos em termos de saúde pública e privada, bem como em relação ao plano assistencial.

Segundo Jorge Trindade:

A síndrome de burnout deveria ser melhor conhecida pelos operadores de direito, especialmente por aqueles que militam na área do direito do trabalho, onde as suas repercussões são mais evidentes, podendo ensejar reclamações trabalhistas e indenizações legais (TRINDADE, 2012, p.539).

Diversos fatores caracterizam a Síndrome de Burnout, tanto fatores externos quanto fatores internos, próprios da subjetividade de cada indivíduo. Não resta dúvida de que ela configura uma lesão ao patrimônio laboral do ser humano. A Síndrome de Burnout é qualificada como um risco psicossocial ocupacional que tem sua origem ocupacional.

4. A relação entre a Síndrome de Burnout e a violação a Saúde Mental

Antes de elucidarmos a relação entre Síndrome de Burnout e a violação a Saúde mental, faremos um percurso identificando, o que seriam os riscos psicossociais ocupacionais no trabalho? Os riscos psicossociais ocupacionais são riscos sociais relacionados ao trabalho, de interesse jurídico, e nesta qualidade, merecem a tutela do Estado. As consequências resultantes destes riscos sociais são *sui generis*, problemas psíquicos relacionados à saúde mental do trabalhador, que vem crescendo imperceptivelmente devido à fragilidade em se diagnosticar. A

saúde mental do trabalhador é muito sensível, e por muito tempo foi ignorada, nos dias atuais vem se construindo uma nova mentalidade, mais próxima da realidade social, preocupada com a violação a saúde mental do trabalhador.

É significativo lembrar que os riscos psicossociais no trabalho não são sinônimos de estresse. A palavra estresse é uma palavra equívoca, isto é, um vocábulo ambíguo podendo-se atribuir a ele os mais variados significados, inclusive contraditórios. Nos discursos acadêmicos esta palavra não é utilizada com o rigor científico devido, ou seja, carece de precisão, de rigor conceitual. Nos vários trabalhos acadêmicos estudados, encontramos o vocábulo estresse utilizado para designar vários acontecimentos. Alguns chegaram a utilizá-lo fazendo referência à úlcera do executivo, e até mesmo ao acidente de automóvel de uma personalidade.

Outros indicam que sua origem está localizada na engenharia de materiais. Todavia, nos dias atuais há quem a utilize para designar um conjunto de reações que um organismo desenvolve ao ser submetido a uma situação que exige esforço de adaptação. Este emprego foi realizado por ocasião de uma analogia ao grau de deformidade que uma estrutura sofre quando submetida a um esforço.

Dizem os especialistas na matéria, que o termo é empregado de modo distorcido, ora identificado com os próprios riscos psicossociais, em outros casos como consequência de tais riscos. Torna-se evidente a ambiguidade do termo, quando os autores tratam o problema como uma distorção de significado. Por óbvio que se procura controlar o sentido dos termos empregados, sempre na busca de maior rigor científico. Por isso mesmo, é importante insistir que não se pode confundir estresse com riscos psicossociais no trabalho, por um motivo específico, tal confusão contribui para o desgaste e banalização do tema saúde mental ocupacional (Cf. BARUKI, 2015, p. 32-33).

Vamos insistir na questão: afinal de contas, o que seriam os riscos psicossociais no trabalho?

Segundo a entidade espanhola Instituto Sindical de Trabajo y Salud (ISTAS), os riscos psicossociais são:

Síndrome de Burnout: violación a saúde mental e a proteção...

Los riesgos psicossociales son condiciones de trabajo, derivados de la organización del trabajo, para los que tenemos estudios científicos suficientes que demuestran que perjudican la salud de los trabajadores y trabajadoras, PSICO porque nos afectan a través de la psique (conjunto de actos e funciones de la mente) y SOCIAL porque su origen es social: determinadas características de la organización del trabajo (ISTAS, 2010).

Nesse sentido, podemos dizer que os riscos psicossociais são resultantes dos processos interativos sociais desenvolvidos no próprio meio ambiente de trabalho. De modo que tais processos são considerados a fonte dos riscos psicossociais. Assim, a própria interação social produzida no meio ambiente de trabalho funciona como mecanismo estressor no trabalho. Logo, meio ambiente de trabalho e riscos psicossociais estão inteiramente entrelaçados, vinculados pela mesma origem, qual seja, as relações sociais, os processos de interação social.

É por meio destas relações sociais que geram interações entre os trabalhadores que o meio ambiente de trabalho no qual o trabalhador encontra-se inserido é dobrado para dentro dele. Ele se sente impulsionado a fazer sempre mais, a melhorar seu desempenho, obriga-se sem sentir, faz por desejo, por prazer, isto é, não consegue mais controlar o impulso que o leva a isolar-se do mundo, construindo um mundo só seu. Ele e o seu trabalho.

Na Enciclopédia de Saúde e Segurança da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no capítulo Fatores Psicossociais, Estresse e Saúde, os riscos psicossociais no trabalho são divididos em seis categorias, quais sejam:

1. Sobrecarga quantitativa, muita coisa para fazer, limite de tempo e trabalho repetitivo.
2. Carga qualitativa insuficiente, trabalho

monótono com conteúdo limitado, alta exigência de criatividade, ausência de estímulos e solução de problemas, acrescentando em alguns casos a falta de interação social. 3. Conflito de papéis e funções, surgem diante os diversos papéis exercidos pelo indivíduo, várias funções que o ser humano desenvolve simultaneamente. 4. Falta de controle sobre a situação, quando quem decide o que, como e quando fazer, é decidido por outra pessoa, um exemplo: o calendário e os métodos de trabalho, onde o trabalhador não tem influência, controle ou voz. 5. Falta de apoio social, o próprio nome já diz o trabalhador não tem apoio em casa, dos chefes e nem dos colegas de trabalho. A falta deste apoio gera no indivíduo um desequilíbrio psicossocial, trazendo como consequência interação social negativa no meio ambiente de trabalho e pessoal. 6. Estressores físicos; tem a ver com fatores que afetam o trabalhador física e quimicamente, temem estarem expostos a perigos que possam comprometer sua saúde ou causar-lhes acidentes.

Diante da classificação, em categorias, acima, podemos dizer que os trabalhadores estão expostos a qualquer um destes fatores de risco no meio ambiente de trabalho, e que os mesmos não são excludentes entre si, mas cumulativos, ou seja, um ou mais fatores podem afetá-lo cumulativamente. É de extrema

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

importância o estabelecimento dessas categorias, pois as mesmas servem como *standards* (padrões) para caracterizar os riscos psicossociais no trabalho.

Do ponto de vista constitucional, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma verdadeira mudança paradigmática. O legislador constituinte originário acompanhou o movimento constitucional do pós-guerra. A partir da segunda metade do século XX, o que não era novidade em solo norte-americano, foi a paulatina mudança do modelo constitucional que começa a ocorrer nos países europeus que recuperaram a sua legitimidade democrática, depois de longos períodos de totalitarismo e de autoritarismo, chegando também a alguns países da América Latina que romperam com seus passados autoritários.

A novidade foi à atribuição de força normativa à Constituição, de um mero documento político, transformada em norma jurídica, dotada de supremacia e protegida por mecanismos de controle judicial de constitucionalidade.

No Brasil, a obra do professor José Afonso da Silva é considerada um marco, basta ver os títulos “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” de 1967 e “Curso de Direito Constitucional Positivo” de 1976. Títulos que já indicam uma mudança paradigmática com forte influência do constitucionalismo norte-americano, e da grande referência alemã que é Konrad Hesse com a obra “A Força Normativa da Constituição” de 1959.

Foi a partir da Constituição de 1988 que passamos a ter uma estrutura principiológica. Na história das Constituições Brasileiras a de 1988 foi a primeira a atribuir lugar privilegiado aos direitos e garantias fundamentais, antecedidos apenas pelos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito e pelos objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil. Daí em diante garante-se a supremacia da Constituição, e submetem-se, formal e materialmente, todas as normas infraconstitucionais.

Vamos destacar inicialmente dois princípios importantes estabelecidos logo no artigo 1º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Desde o artigo 1º, o valor norteador de todo nosso sistema Constitucional está voltado ao ser humano, à pessoa humana, ao cidadão trabalhador, são princípios positivados com força normativa, uma escolha realizada pelo constituinte entre diversas opções possíveis, devido à pluralidade de valores presente em uma sociedade diferenciada, complexa e de risco. No entanto, a escolha foi pela colocação da pessoa humana como valor fonte de toda a ordem jurídica positiva.

Como ensina Luís Roberto Barroso:

[...] a Constituição era um documento menor, submissa aos atos institucionais e aos desmandos da ditadura. Percorremos um longo caminho. [...] o direito Constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. [...] merece ser lembrado. Mas com humildade. Na vida devemos ser janelas, e não espelho. [...] se você acredita na dignidade da pessoa humana, nas possibilidades transformadoras do direito e na ética como fundamento de

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

um mundo melhor, seu lugar pode ser aqui [...] (BARROSO, 2011, p.22).

A opção política adotada em nossa Constituição provoca uma reaproximação entre a ética e o direito, não podemos mais andar na contramão entre o sistema político e o sistema jurídico, reafirmamos a efetivação dos princípios positivados na Constituição. A nossa Constituição não tem mais o papel de aconselhar, como se fosse um simples texto político. Agora, como norma jurídica, é dotada de aplicabilidade, de força normativa que vincula qualquer decisão judicial.

As normas principiológicas são de cunho aberto, não podem ter um conteúdo fixo, caso contrário seriam princípios absolutos, e, princípios absolutos resultariam em direitos absolutos. O que contraria o sentido da Constituição, *prima facie*, todos os direitos são relativos. Para os princípios cabe a regra da ponderação dos princípios diante de cada caso concreto. Os direitos fundamentais possuem força normativa, dotados de eficácia. É função do Estado garanti-los, conforme preconiza o art. 5º, XXX: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

Leciona Celso Antonio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2007, p.923).

No art. 193 da Constituição Federal encontramos estabelecida a Ordem Social, que tem como base o primado do trabalho, e como objetivo a justiça social, preceitos constitucionais que incorporam os direitos fundamentais previstos no art. 6º, quais sejam: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Preceitos que incorporam os direitos fundamentais, dignificando o trabalhador e protegendo a sua saúde.

Esta proteção encontra-se objetivada no art. 196 de nossa Constituição, no qual temos a Seguridade Social, mas o que seria esta Seguridade Social?

Bulos assim a descreve:

A Seguridade Social é uma técnica de proteção ou espécie de seguro avançado, pois o destinatário de suas prestações é o segurado, que paga uma contribuição para fazer jus a ela [...] Em resumo, a seguridade social é o conjunto de medidas, providências, normas e enunciados que visam ensejar ao corpo social e a cada indivíduo tomado de per si, o maior grau possível de garantia, sob os aspectos econômico, social, cultural, moral e recreativo [...] a seguridade social na Constituição de 1988 recebeu um sentido consolidado, pois veio prescrita como direito de segunda geração. Logo, apresenta-se por meio de prestações positivas (BULOS, 2009, p.1375-1376).

A Seguridade Social é a base da garantia dos direitos à Saúde, à Previdência Social e à Assistência Social, seu fim é a proteção dada ao cidadão trabalhador, parte integrante de uma sociedade moderna marcada pelo risco, incerteza e instabilidade.

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

A Saúde e a Assistência Social não fazem parte de um sistema contributivo, como o faz a Previdência Social. A saúde é um dever do Estado e direito de todos, e quando a mesma é violada nos valem os preceitos constitucionais. É a Previdência Social, providenciando a manutenção do ser humano segurado, submetido às adversidades da vida, previsíveis e imprevisíveis.

Estudos apontam que um meio ambiente de trabalho insalubre, narcisista, é uma das maiores causas de afastamento do trabalho por motivos de transtornos mentais. São fatores psicossociais causadores do desenvolvimento de patologias que levam ao adoecimento mental. Pois, na verdade, o que se desenvolve é a busca por interesses individuais. O resultado de um meio ambiente de trabalho que faz pressão de forma generalizada sobre os seus empregados ou servidores, desencadeia práticas de assédio moral resultante dos fatores psicossociais referidos acima.

Gaulejac assim define os processos de assédio moral:

Um contexto violento e paradoxal, no qual as regras do jogo são incertas, o quadro instável, as formas de sanção ou de reconhecimento são incertas, as promessas não são mantidas, pode suscitar comportamentos sadomasoquistas, sentimento de onipotência para uns, submissão incondicional para outros, e muitas outras formas de perversão (GAULEJAC, 2007, p.225).

Este tipo de organização que desequilibra o cidadão trabalhador é causa de adoecimento que desenvolve patologias causadoras de transtorno mental. O assédio moral que caracteriza esse meio ambiente de trabalho é propício ao desenvolvimento das patologias que podem causar o transtorno mental. O assédio é um modo fragilizado de reação à organização do trabalho, de reação aos seus superiores e de reação aos seus colegas de trabalho. Na verdade, o assédio moral é um mecanismo de defesa.

Assim, descreve Dejours:

Ela [a fragilização] está relacionada a desestruturação do que se denomina os mecanismos de defesa, em especial as defesas coletivas e a solidariedade. E esse é o fator determinante do aumento das patologias. Em outros termos: as patologias do assédio são, antes de tudo, patologias da solidão (DEJOURS, 2007, p.15).

Mas o que é o assédio moral? Eis uma pergunta que não cala. O que nos diz Marie France Hirigoyen sobre o que é o assédio moral?

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2001, p.65).

Diante da exposição de Hirigoyen, o assédio moral intimida, cria uma situação de medo, de disputa, de precariedade nas relações sociais no meio ambiente de trabalho que pode levar o trabalhador ao absentéismo, pode conduzi-lo a afastamentos por meio de atestados médicos, pode desencadear uma hostilização ao meio ambiente de trabalho ao ponto de desistir da sua profissão, pode causar uma demissão, além disso, ao adoecimento, transtornos mentais que podem afastá-lo definitivamente do seu trabalho. Qual é o efeito mais danoso do assédio moral? A eliminação do trabalhador do seu meio ambiente de trabalho.

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

A Síndrome de Burnout foi incluída no rol das doenças previstas na lista de doenças da Previdência Social, anexa ao Decreto N° 3.048/1999, considerada uma patologia ocupacional, indicando como agente etiológico o ritmo de trabalho penoso (repetitivo e monótono) e as dificuldades físicas e mentais relacionadas ao trabalho.

Alguns sintomas inespecíficos também se apresentam como: fadiga, insônia, irritabilidade, tristeza, desinteresse, apatia, angústia, tremores e inquietação, caracterizando síndrome depressiva e ou ansiosa.

Na lista B do Decreto N° 3.048/1999, a Previdência Social reconhece várias doenças causadas ou agravadas por fatores estressantes no trabalho, tais como: transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool, episódios depressivos, estresse pós-traumático, neurose profissional, entre outras, lembrando que a condição de trabalho estressante pode contribuir como fator desencadeante ou agravante do adoecimento, caracterizando assim onexo concausal.

A Síndrome de Burnout está inserida no item XII da tabela de Transtornos Mentais e do Comportamento relacionado ao trabalho (Grupo V da Classificação Internacional das Doenças – CID 10). Cita-se a Sensação de Estar Acabado ou Síndrome de Burnout ou Esgotamento Profissional que, na CID – 10 recebe o código Z73. 0.

É notório que o meio ambiente de trabalho influencia no surgimento de doenças profissionais ou ocupacionais. No art. 20 da Lei N° 8.213/1991, inciso II, as doenças ocupacionais são equiparadas a doença do trabalho e implicam o nexode causalidade entre o trabalho e o desenvolvimento da doença, sendo que estas não se vinculam a uma profissão ou atividade específica, mas a mesma decorre de como seu trabalho é prestado ou das condições específicas do meio ambiente de trabalho. Algumas são peculiares a profissão ou a atividade conforme as previstas, no inciso II, art. 20 da lei N° 8.213/1991.

Os acidentes de trabalho também podem ocorrer por concausa, conforme previsão do art. 21, inciso I da Lei N° 8.213/1991, considera-se acidente do trabalho, o acidente ligado ao trabalho mesmo que o trabalho não tenha sido a causa única. A

Síndrome de Burnout é presunção de acidente de trabalho, conforme o Decreto Nº 3.048/1999 no anexo II, do Grupo V da CID – 10.

O reconhecimento da Síndrome de Burnout equiparada a acidente de trabalho deve ser feita por perito do INSS com capacidade técnica para avaliar o caso concreto, podendo a levar o trabalhador a uma aposentadoria por invalidez precocemente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objeto de investigação a relação entre o meio ambiente de trabalho, o trabalhador e a Síndrome de Burnout, uma patologia ocupacional de caráter psicossocial que tem acometido várias categorias profissionais. Como observamos ao longo deste, o tema aqui abordado é um dos mais relevantes para o mundo do trabalho contemporâneo.

Devido, ainda, aos poucos estudos sobre ele desenvolvidos, mormente no campo do Direito. Vimos também, pela trajetória percorrida ao longo da pesquisa, a sua relevância científica e social, em razão da gravidade e das consequências que a Síndrome de Burnout pode ocasionar na vida do trabalhador por ela acometido e diagnosticado.

O problema central do presente trabalho foi o de saber: quais as consequências jurídicas na vida de um trabalhador acometido pela Síndrome de Burnout? Verificamos que os custos são irreparáveis nos diversos aspectos da vida deste cidadão trabalhador. O problema estudado não se refere a um ressarcimento pecuniário, mas à vida de um ser humano que em pleno gozo da sua atividade profissional, de repente, sofre uma interrupção que o leva a uma aposentadoria por invalidez, precoce. Uma patologia ocupacional, a Síndrome de Burnout, que pode desenvolver-se em profissionais de diversas categorias, principalmente em profissionais que militam na área do cuidado humano, como a educação e a saúde.

Para respondermos ao problema acima colocado e para atingirmos o objetivo do nosso estudo, utilizamos as mais variadas fontes bibliográficas, numa perspectiva interdisciplinar.

O que foi verificado é que a Síndrome de Burnout está inserida no item XII da tabela de Transtornos Mentais e do

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

Comportamento relacionado ao trabalho (Grupo V da Classificação Internacional das Doenças – CID 10). Cita-se a Sensação de Estar Acabado ou Síndrome de Burnout ou Esgotamento Profissional que, na CID – 10 recebe o código Z73.0, ou seja, trata-se de uma doença ocupacional que se instala de modo gradativo e imperceptível na vida do trabalhador. Causando-lhe uma enorme desorganização. Constatamos a dificuldade em identificá-la e o modo de lidar com uma pessoa portadora da Síndrome. Verificamos que se trata de uma lesão que provoca uma “quebra”, ao revés do que ocorre em situações de estresse, fadiga ou cansaço, nas quais o repouso e o descanso renovam as energias para continuar a caminhada. Assim sendo, a Síndrome de Burnout é identificada como uma “quebra”, que pode levar o trabalhador por ela acometido, a uma aposentadoria por invalidez.

6. Referências bibliográficas

- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 30 mar. 2016.
- BENEVIDES-PEREIRA, Ana Maria T. **A Síndrome de Burnout**. Saúde mental no trabalho: coletânea do fórum de saúde e segurança no trabalho do Estado de Goiás /coordenação geral, Januário Justino Ferreira; coordenação científica, Laís de Oliveira Penido. Goiânia: Cir. Gráfica, 2013, p.389. Disponível em: <<http://bibliotecaprt21.files.wordpress.com/2013/09/livro-saude-mental-no-trabalho-2013-prt18.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2016.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (Orgs.). **Modernização Reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1997. p. 11-71.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 10 março. 2016.

_____. **Lei nº 8213**, 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm > Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL, TST. Recurso de Revista: RR9593320115090026, 2ª turma do Tribunal Superior do Trabalho, DF 29 de abril de. 2015. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186850950/recurso-de-revista-rr-9593320115090026>>. Acesso em: 06 jun.2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. **Doenças relacionadas ao trabalho. Manual de Procedimentos para os Serviços de Saúde**. Série A. Normas e Manuais Técnicos; n. 114. Brasília/DF – Brasil. 2001. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho1.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr., 2010.

DEJOURS, Jacques Christophe. A psicodinâmica do Trabalho na Pós Modernidade. In: MENDES, A. M.; LIMA, S.C.da.C.; FACAS, E.P. (Org.). **Diálogos em Psicodinâmica do Trabalho**. Brasília: Paralelo 15, 2007, p.13-26.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução a Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOMINGUES. Ivan. **O Sistema de Comunicação da Ciência e o Taylorismo Acadêmico**: questionamentos e

Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção...

alternativas. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142014000300014&script=sci_arttext> Acesso em 10 fev. 2016.

FREIRE, Paula Ariane. **Assédio moral e saúde mental do trabalhador.** Disponível em:
<<http://www.revista.epsjv.fiocruz.br/upload/revistas/r213.pdf>> Acesso em: 03 ago. 2016.

GAULEJAC, Vincent de. **Gestão como doença social:** ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. São Paulo: Ideias & letras, 2007.

HIRIGOYEN, Marie France. **A violência perversa do cotidiano.** Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** – 19º. ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO AMBIENTE Y SALUD (ISTAS). **Organizacion del trabajo, salud y riesgos psicosociales:** Guia del delegado y delegada de prevencion. Barcelona, Paralelo Edicion, 2010, p. 11. Disponível em:
<<http://www.istas.net/web/abreenlace.asp?idenlace=2616>>.Acesso em: 06 jun. .2016.

LAFLAMME, Anne-Marie. **Le droit a la protection de la santé mentale ou travail.** Canadá (Québec): Éditions Yvon Blais, 2008.

LEVI, Lennart. **Factores psicosociales, estrés y salud.** In: STELLMAN, J.M., directora de edición. Enciclopédia de Salud y Seguridad en el Trabajo. Madrid: Organizacion Internacional Del Trabajo, 1998, v.2.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho:** fadiga e ócio na sociedade pós – industrial. Rio de Janeiro: José Olympio, 2001.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica á Saúde do Trabalhador**. São Paulo: LTr,, 2011.
- ROS, Antónia Maria Jimenez. **A Entrevista Psicológica**. Disciplina: Consulta Psicológica, 2009. Disponível em:<<https://nucleogrbco.files.wordpress.com/2009/04/ap0211.entrevista.pdf>. Acesso em 06 jun. 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. **Trabalho e Saúde Mental na visão da OIT**. Ver. Trib.Reg.Trab. 3º Reg., Belo Horizonte v.51, n.81, p.489-526. jan./jun.2010.<http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/ciclo_estudos/martha_halfeld_schmidt.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.
- SOUTO, Claudio. **O que é pensar sociologicamente**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda., 1987.
- TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. **Síndrome de Burnout: a sensação de “estar se queimando pelo trabalho” e suas repercussões psicojurídicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Ativismo judicial em números: uma análise empírica acerca do protagonismo judicial no âmbito do Supremo Corte brasileira.

BRUNO CALIFE DOS SANTOS¹
Universidade Federal da Bahia (Brasil)

INTRODUÇÃO

A lição hoje amplamente corrente no âmbito do Direito Constitucional acerca do movimento constitucionalista e sua geração de direitos fundamentais de que as respectivas prerrogativas de “primeira dimensão” estabeleceram a contenção do uso arbitrário do poder por meio das denominadas “liberdades públicas” favoreceu o desenvolvimento desse ramo jurídico, superando, em certa perspectiva a influência da disciplina de “Teoria do Estado” para a Ciência Jurídica, dado o avanço do seu pensamento dogmático, posicionando, assim, o Constitucionalismo no centro das preocupações acerca da conformação do perfil do Estado.

Se antes uma Constituição significava apenas a prova de um pacto social para o surgimento de uma nação organizada, restringindo-se em seu conteúdo a um mínimo jurídico representado pelo encartamento de liberdades públicas e a diagramação institucional do Estado a partir do princípio da separação dos poderes, hoje se afigura muito mais presente na vida do cidadão comum a partir da ampliação do conjunto de

¹ Doutorando em Direitos Humanos sob a Orientação da Professora Doutora Lorena Freitas junto Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e Mestre em Direito pela mesma Instituição de Ensino Superior. E-mail: brunocalifedossantos@hotmail.com.

garantias fundamentais – direitos sociais e meta individuais – ocorrida em função da evolução e da complexidade sociais, indicando uma constante demanda por novos direitos.

Ocorre que para os destinatários não bastaria apenas esse reconhecimento, mas principalmente a sua concretização², fato que demonstra, *pari passu*, o redimensionamento do arranjo institucional do Estado, avançando-se daquela forma primitiva – o “Estado de Direito” em que a postura abstencionista era considerada suficiente –, para outras mais proativas – o que se convencionou chamar de “Estado de bem-estar social” –, no qual o fomento ao desenvolvimento e a prestação de serviços à população constitui sua própria razão de ser.

Quando esse “serviço” não se mostra a contento, seja pela inexistência de previsão normativa que venha a regulamentá-los a fim de criar mecanismos concretos sem os quais inviabilizada a sua própria estruturação, seja pela omissão no alocamento de recursos e implementação de políticas públicas voltadas a sua satisfação – atribuições inerentes ao Legislativo e Executivo, respectivamente, segundo a tradicional definição de competências constitucionais – o Judiciário, cuja vocação primária redundava no solucionamento de litígios entre indivíduos, é chamado a se pronunciar, só atuando, haja vista a inércia correspondente a sua própria fisionomia estrutural, quando provocado³.

A aparente simplicidade desse raciocínio desaparece na medida em que certas demandas e, por consequência, algumas decisões, findam por imiscuir o Terceiro Poder nos assuntos e

² Esse debate acerca do contraponto entre o formalismo e o caráter material do Direito vem sendo realizado no âmbito do Grupo de Pesquisa “Marxismo e Realismo Jurídico” capiteneado pelos professores Lorena Freitas e Enoque Feitosa (2012, pp. 21-35) tendo como fundo contextual os Direitos Humanos e as exigências de sua concretização a par do grande número de prerrogativas hoje incluídas neste panteão. Este último, sob uma perspectiva crítica, concretizou as discussões no artigo “Para a superação das concepções abstratas e formalistas da forma jurídica” publicado no livro “Ensaio crítico sobre Direitos Humanos e Constitucionalismo” ao qual remetemos o leitor.

³ De acordo com noção básica emanada da Teoria Geral do Processo, o Poder Judiciário age depois de provocado por via de “ação” que por sua vez é encartada entre as clássicas garantias fundamentais do cidadão como uma das manifestações do “direito de petição” ao Estado (BEDAQUE, 2009, p. 31).

matérias cuja competência originária é ostentada pelas demais Funções estatais, assumindo um protagonismo nunca antes experimentado e que se convencionou chamar de “ativismo judicial”⁴.

Tal postura é amplamente favorecida pelo papel que o constitucionalismo vem assumindo a partir da progressão geométrica de direitos fundamentais cuja nota se deu acima, constatável por meio da prolixidade das cartas políticas contemporâneas da qual a brasileira é exemplo, circunstância que permite, por sua vez, enxergar na grande maioria de querelas um *insight* constitucional abrindo ao magistrado condutor dessas lides um sem número de hipóteses de solução lastreados em diversos princípios de índole superior muito embora dotadas de um mesmo desejo: a necessidade de efetivação do plexo de garantias não obtido a par da atuação das demais funções como já reiterado.

O presente estudo visa a uma análise empírica desse fenômeno relacionado à proatividade judiciária a par da verificação de dados referentes ao volume de medidas judiciais atinentes ao controle de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objeto justificável em função da natureza da Corte já que sua missão precípua, conforme estabelecido na Carta Política, consiste em resguardar seus fundamentos e cujo exercício se dá pelo cotejo de várias medidas judiciais, dentre elas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Não se pode prescindir, contudo, do estabelecimento de algumas premissas teóricas a qual se dedica a primeira parte, estabelecendo-se, para o fim propugnado, não apenas o conceito

⁴ Ao tratar da relação entre conservadorismo e ativismo judicial, Willian P. Marshall (2002, p. 05) em artigo intitulado “*Conservatives and the seven sins of judicial activism*” discorrendo sobre a variabilidade do instituto, apresenta em seu inrôito pelo menos sete noções de “ativismo judicial”, destacando-se para o presente estudo, em termos de definição, aquelas denominadas “*Judicial creativity*” e “*Remedial activism*”, a primeira associada a capacidade criativa dos tribunais em se tratando de efetivação de direitos constitucionais a partir de novas teorias e postulados, a segunda relacionada ao “... *use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of the government or take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of judicially imposed remedy*”.

de ativismo judicial do qual se parte, mas, principalmente, qual a relação entre tal postura e a jurisdição constitucional.

Já a segunda seção se preocupa justamente com a apresentação dos dados cuja referência se fez em parágrafo anterior acerca do exercício dessa competência. O conjunto de medidas responsáveis pela tutela processual constitucional é razoavelmente amplo, o que por si só já é um indicador da abrangente influência do papel de uma Corte Constitucional para o sistema jurídico-político. Isso denota, ainda, a necessidade de aprofundamento da delimitação do estudo, já antevista pela eleição do órgão jurisdicional, residindo a avaliação sobre a ação direta de inconstitucionalidade, a reclamação constitucional e o recurso extraordinário, pelos motivos que serão explicitados mais adiante.

2 PREMISSAS TEÓRICAS: COMO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENCONTROU O ATIVISMO JUDICIAL

Sem que seja recomendável se proceder a uma historiografia completa sobre o movimento constitucionalista, importa destacar pelo menos três premissas que se estabelecem a partir do movimento constitucionalista e, por isso, reconhecidos como paradigmáticos sobre seu papel na construção da percepção atual do Estado⁵ e, portanto, sobre o papel do Judiciário nesta conjuntura: (i) o surgimento da declaração de direitos do homem e do cidadão na França revolucionária; (ii) a decisão da Suprema Corte americana no caso *Madison vs. Marbury*; e a (iii) repercussão do holocausto pós-segunda guerra mundial.

⁵ Segundo Marcílio Toscano Franca Filho (2009, pp. 71/74), a concepção de Estado nasce com falência do modelo feudal de organização social, influenciado pelos interesses da então burguesia ascendente a quem interessava uma articulação maior do político em detrimento da fragmentação do mundo feudal. O Estado nacional moderno baseia-se no que ele denomina de “paradigma vestfaliano” por remontar aos tratados de paz de Westfália após a Guerra dos Trinta anos nos quais se expressara referência ao poder soberano da monarquia, elemento fundamental a compreensão de um ordenamento jurídico organizado em bases territoriais delimitadas e capaz de monopolizar a criação e a imposição de regras jurídicas.

Muito embora a existência de um texto com garantias jurídicas opostas contra o poder institucionalizado não seja novidade no panorama histórico, como denota a sempre lembrada *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215 (COMPARATO, 2010, pp. 91/92), a Declaração francesa insere a noção de fundamentalidade aos preceitos contidos naquilo que viria ser reconhecido como uma “constituição”⁶.

Apesar do suposto impacto retórico buscado pelos revolucionários, sua marca mais profunda seria justamente a concretização de uma visão filosófica que buscava se sobrepor a legitimação do regime anterior fundada em novas ideias como “nacionalismo”, “liberdade” e uma “política democrática radical” (HOBSBAWM, 1996, p. 53).

Já a então jovem nação americana, constituída sobre as mesmas bases ideológicas – circunstância visível pela proximidade de seus textos fundamentais e apesar de nítidas distinções relacionadas não apenas ao alcance dos seus efeitos, mas também de suas bases socioinstitucionais (BOBBIO, 1992, pp. 113/114) – superado o colonialismo, termina por enfrentar, um pouco mais adiante, um interessante conflito de luta por espaços de poder.

Diante da precedência ate certo ponto natural do *Executivo*, principalmente no caso americano em que “pais fundadores” terminam por ocupar o posto de presidente da república, o *Judiciário* se via fragilizado em que pese a equivalência abstrata advinda da concepção tripartite delineada por Montesquieu e adotada praticamente em todo o ocidente.

Em emblemático e sempre lembrado caso enfrentado pela Suprema Corte americana⁷, o *Chief Justice* Marshall termina

⁶ Norberto Bobbio (pp. 85/96) em seu clássico livro “A Era dos Direitos” narra o contexto da assembleia revolucionária no tocante a discussão sobre a produção de um documento que encampasse os ideais do movimento e sobre a vitória do grupo político que entendeu ser fundamental a sua criação conforme inspiração rousseauiana, culminando na “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, onde se lê, precisamente, no artigo 16 que uma “(...) sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁷ O caso *Marbury v. Madison* é considerado como o precursor do controle de constitucionalidade, reconhecendo-se ao Judiciário a prerrogativa de invalidar atos dos demais poderes em abono a interpretação acerca de sua violação

por fomentar a solução para eliminar essa defasagem ao fundamentar, como atributo imanente à atuação do órgão, o domínio acerca da interpretação do texto constitucional, fazendo surgir de sua caracterização o conceito institucional de força normativa da Constituição e, por meio do *judicial review*, a possibilidade de incremento de poder que mais tarde desaguaria em fenômeno muito mais abrangente alcunhado, por alguns de “juristocracia” (HIRSCHL, 2004, p. 71).

Já no campo dogmático, o instituto encontra sua definição mais pungente na crítica de Konrad Hesse (1991, pp. 9/10) ao desprezo pelo jurídico na construção da noção acerca da constituição apresentada por Ferdinand Lassalle que defendia a dualidade de constituições em um Estado – a real e a jurídica – preponderando a primeira em relação a segunda em função das correlações de força entre os mais variados setores e classes sociais, caracterizando o texto constitucional, ao cabo, como um simples “pedaço de papel”.

Segundo aquele autor:

Em síntese pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 24).

frente a constituição. Na demanda decidida pela Suprema Corte Americana e relatada pelo *Chief Justice* Marshall estava em jogo o embate político entre John Adams e Thomas Jefferson após a vitória eleitoral deste último ao cargo de Presidente da República. Diante dessa circunstância, Adams, no apagar das luzes de seu mandato, resolveu nomear vários correligionários para cargos importantes no Judiciário americano – apelidados, por isso de *midnight judges* –, o que levou Jefferson a negar reconhecimento as nomeações ao assumir o Executivo, provocando, assim, a judicialização do problema por um dos nomeados junto a Suprema Corte (SAMAPIO, 2002, pp. 29/32).

Ativismo judicial em números: uma análise empírica acerca...

O salto histórico encontra, no século XX, o novo impulso sofrido pelo constitucionalismo no âmbito estatal, consistente na reinvenção do caráter axiológico dos textos constitucionais cuja consequência, não por acaso, é sentida no exercício da jurisdição constitucional, ou seja, no campo hermenêutico associado ao *judicial review* cuja nota se deu anteriormente:

Na senda traçada por Schmitt no início do século XX, a força da concepção política, material, social e axiológica da jurisdição constitucional, por assim dizer substancial, desbastaria a ilusão do formalismo positivista, do individualismo jurídico e da elatividade de concepções políticas democratizantes liberais defendidas por Kelsen.

Para Schmitt, a jurisdição constitucional é um processo político, porque a Constituição do Estado é da mesma natureza, um conjunto de valores substanciais. Ora, a própria noção filosófica de substância assoma com toda força, pois a Constituição seria essencialmente valores resguardados na textura da lei, mas de modo algum formalista e relativista, mas material e axiológica, e objetiva enquanto realidade social e politicamente efetivável. (LIMA, 2009, pp. 159/160)

Se nos dois momentos anteriores o que se viu foi a tentativa de garantir a esses preceitos o *status* normativo capaz de convolar essas regras em preceitos jurídicos, a partir do impacto causado pela “solução final” e pelas demais práticas do “nazifascismo” sempre fundamentadas pelos seus agentes como legais e portanto jurídicas a partir do contexto institucional em que viviam, o movimento posterior consistiu em retomar as bases de um essencialismo dissonante capaz de permitir a apreensão do “legal mas injusto” para alcançar o “justo mas não legal” (GOMES e MAZZUOLLI, 2010, pp. 45/56).

A conformação e o cumprimento da lei em que lastreado o Estado de Direito e sendo a própria constituição uma norma de caráter jurídico fruto da superação de seu viés exclusivamente político, legou uma nova concepção do Direito Constitucional consignada não surpreendentemente de “neoconstitucionalismo”, cujo conteúdo é tão variável quanto a gama de valores que podem ser eleitos a fazer parte deste panteão de elementos constitucionais (SARMENTO, 2013, pp. 75/84).

Dentre os vários pensadores qualificados como defensores dessa visão, o alemão Robert Alexy (2011, pp. 151/155) vem sendo citado como um dos principais expoentes, o que se verifica pela crítica contumaz ao conceito de direito legado pelo positivismo jurídico ao sustentar o caráter de juridicidade à pretensão de correção de um sistema jurídico pela via axiológica da qual os princípios jurídicos são verdadeiros vetores.

Se antes isso serviu de base para conferir um certo *status* as regras constitucionais dissociando, portanto, o Direito Constitucional da esfera política ao garantir-lhe foro de independência, atualmente as críticas acerca daquela visão ascética a que se fez referência, encadeada pelas doutrinas moralistas⁸, cobram o retorno a esse ponto de contato, muito embora não em seu estágio primitivo, como se poderia imaginar, mas em outro patamar representativo de uma verdadeira simbiose entre elas.

Esse contexto começa a mostrar sua influência nas decisões judiciais expedidas nas mais variadas instâncias, iniciando-se, no Brasil, a partir da judicialização de casos acerca do direito à saúde prestada pelo Estado.

Se antes a norma que previa o direito básico à assistência era compreendida como programática, ou seja, aquelas “que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas fora ou além do texto constitucional” (MENDES,

⁸ Sob gênero “moralismo jurídico”, Elival da Silva Ramos (2010, pp. 44/54) contabiliza vários movimentos doutrinários – Movimento do Direito Livre; o Realismo Jurídico; o ressurgimento do próprio Jusnaturalismo, bem como a concepção de Dworkin que reputa original e afastada das demais – cujas bases compõe-se, basicamente, de críticas a um formalismo abstrato pretensamente presente na concepção Juspositivista.

COELHO e BRANCO, 2009, p. 49) na clássica lição acerca das tipologias de preceitos constitucionais, cumprindo-lhe apenas servir de referência ao Poder Público na assunção de suas competências, atualmente, em prol daquela efetividade imaginada por Hesse, tem-se admitido majoritariamente que as prerrogativas estabelecidas na Carta Política não podem ficar a mercê da eficiência dos gestores públicos e das ações muitas vezes duvidosas dos políticos responsáveis por sua implantação, fazendo com que o Judiciário, ao encampar em sua prática cotidiana essas noções dogmáticas, atue no sentido de colmatar esse *deficit* de atenção, abandonando, inclusive, essa classificação.

É justamente nessa intersecção que o ativismo judicial e a jurisdição constitucional se encontram, na medida em que é somente a par do *tópos* retórico acerca da eficácia do arcabouço constitucional, por meio da sua principiologia e dos critérios hermenêuticos distintos que a estes se aplicam, inclusive em detrimento da necessária participação do administrador ou do legislador, que ao Judiciário cumpriria garantir prerrogativas até então mantidas em berço esplêndido, a exemplo do direito de greve no serviço público, pendente de, até hoje, de regulamentação; ou quanto ao reconhecimento da união estável aos casais homoafetivos, em que pese a literalidade do parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, ambas derivadas da tutela jurisdicional constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal.

3 DADOS ESTATÍSTICOS: COMO O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APONTA PARA O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Na sessão precedente, procurou-se estabelecer uma relação entre o ativismo judicial e o exercício da jurisdição constitucional concluindo-se pela sua vinculação já que possível admitir que aquele só se desenvolveu em um ambiente no qual a eficácia dos preceitos constitucionais e sua influência sobre as mais variadas normas inferiores⁹ – em sua grande maioria dotados

⁹ De acordo com Luis Roberto Barroso (2010, pp. 58/60), o Direito Privado, marcado pela autonomia da vontade e pelo individualismo legadas pelo liberalismo político vem sofrendo com o influxo de valores de ordem pública

de alto grau de abstração ou conteúdo axiológico – são uma necessidade.

Pelo visto até então, tal resultado se sustenta tão somente com o apoio do raciocínio lógico, deduzível dos paradigmas teóricos estabelecidos pelas três premissas também lançadas naquele capítulo.

Não fosse isso o suficiente, há manifestações de integrantes da própria Corte Suprema defendendo uma postura mais política no âmbito do controle de constitucionalidade, a exemplo do Ministro Celso de Melo que, já nos idos de 2010, defendeu, em entrevista certa tolerância com a prática em questão¹⁰.

Entretanto, uma ressalva merece ser feita.

Levando em conta a inércia atribuível como característica da jurisdição¹¹ enquanto postulado fundamental do Direito Processual, seria correto conjecturar possa o Poder Judiciário, de fato, ser protagonista de pautas contramajoritárias¹² uma vez que só atua quando convocado?

Apesar de parecer um pouco deslocado da temática abordada neste ensaio, o questionamento se mostra ainda mais

capazes de condiciona-los, senão até mesmo restringi-los, fenômeno que vem sendo denominado de “constitucionalização do direito civil”.

¹⁰ Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/noticias/ministro-celso-de-mello-defende-ativismo-judicial-do-stf>. Acesso em 16/10/2016.

¹¹ Trata-se de evitar uma eventual vinculação do juiz à causa, acaso fosse-lhe permitido instaurar de ofício o procedimento para tutela jurisdicional, circunstância muito comum nos sistemas que adotam o processo inquisitorial, a fim de garantir certa isenção do julgador e não a defesa apaixonada de uma tese ou argumento jurídico, atribuindo, por isso, à parte o caráter atvo na busca da proteção pelo direito de ação. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2005, pp. 59/62)

¹² Um dos grandes debates acerca da politização do Judiciário está justamente na defesa do argumento de serem as Cortes Constitucionais repositório da proteção das “minorias” em face da “tirania da maioria” por meio do *judicial review* cuja consequência consiste justamente na retirada de normas as quais – mesmo produzidas num ambiente democrático já que resultantes do consenso firmado entre os representantes eleitos – terminam por implicar liberdades públicas de um pequeno grupo que porventura distoe daquele majoritário. (MENDES, 2011, pp. 73/74)

adequado no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.

Mesmo que se trate de uma questão judicializada, muito embora diferentemente dos litígios clássicos para onde formatado o cânone mencionado e inexistirem verdadeiramente sujeitos da lide, tampouco bem da vida a ser tutelado objetivamente, o fato é que ainda se faz necessário seja instaurado por algum sujeito extrajudiciário a quem se atribuiu elevada missão, pois o que se busca e a expulsão de uma lei ou ato normativo do ordenamento jurídico por sua incompatibilidade em face da Constituição Federal.

Não é por outro motivo que os legitimados pela Carta Política a fim de introjetar o controle concentrado de constitucionalidade junto ao STF são instituições e não sujeitos.

A propósito da pergunta lançada, observe-se que o número de participantes aumentou consideravelmente com a Constituição de 1988 se comparado com aqueles designados pela sua antecessora, passando de apenas um para nove legitimados (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 1.151).

Se antes havia monopólio do Procurador-Geral da República para fazê-lo, agora tal capacidade foi conferida, além deste, ao Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ao Governador de Estado ou do Distrito Federal; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Isso permitiu, segundo dados consolidados pelo STF¹³ até 10 de outubro de 2016, a participação de 735 (setecentos e trinta cinco) entes distintos ao ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade desde a vigência da Constituição Federal de 1988.

No interregno correspondente a vinte e oito anos de vigência, essa atuação redundou em outro expressivo número: 5.112 (cinco mil cento e doze) medidas ajuizadas, somente em se

¹³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em 13/10/2016.

tratando de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Acaso traga à baila outras medidas associadas a essa espécie de tutela, tem-se 38 (trinta e oito) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão proposta por 38 (trinta e oito) legitimados; 48 (quarenta e oito) Ações Declaratórias de Constitucionalidade ajuizadas também por 38 (trinta e oito) entes; e 450 (quatrocentos e cinquenta) Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizadas por 237 (duzentos e trinta e sete) legitimados, neste medida em particular, algumas pessoas naturais, o que amplia consideravelmente a hipótese de participação.

Assim, o protagonismo do qual muito se tem falado, contempla, antes, própria difusão de atores nesse processo.

Se houve certa facilidade em concluir, em termos qualitativos, sobre a existência de um ativismo judicial, mercê dos conteúdos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal cujo impacto social são relevantes – pois em outros termos é basicamente disso que se trata o instituto –, no que tange aos aspectos quantitativos, há também parâmetros que apontam para o acerto dessa hipótese.

Conforme discriminado na seção precedente, a noção de politização do judiciário perpassa a assunção de competências pela Corte Constitucional primariamente pertencentes aos demais poderes, a ponto de se discutir, inclusive acerca da fratura de um dos princípios conformadores básicos das comunidades políticas desde a modernidade, o que é justificado, na tentativa de garantir legitimidade a essa atuação, pelas mais variadas maneiras.

Sem que seja necessário retomar este debate – uma vez que as premissas já foram lançadas – impõe-se apenas resgatar a alegada omissão do legislativo que finda por ser colmatada no âmbito do controle de constitucionalidade, isso porque essas decisões redundam em autoização ou veto a certo tipo de conduta para toda a coletividade não por outro motivo caracterizadas como dotadas de efeitos *erga omnes*, característica que se confunde com a “generalidade” a qual, em um sistema não só pertencente à tradição romano-germânica em relação as fontes do direito como o brasileiro, mas principalmente relacionado à visão juspositivista seria primariamente atribuível apenas à lei e, por consequência lógica, ao Poder responsável por sua elaboração, cumprindo ao

Poder responsável pela sua aplicação apenas o momento cognoscitivo para usar a linguagem de Bobbio (2006, p. 211).

Ocorre que o processo legislativo, sistematizado a partir do artigo 59 da Constituição Federal, ostenta ferramentas aptas ao controle de constitucionalidade *interna corporis* pois estabelece no seio do Poder Legislativo, neste particular complementado pelos respectivos regimentos internos, a existência de comissões parlamentares – de Constituição e Justiça na Câmara dos Deputados e de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado Federal – cuja atribuição é sindicá-la a potencial lesão de projetos de lei e barrá-los na origem, acaso constatada essa inadequação.

Esse controle preventivo também conta com a participação do Executivo por meio da oportunidade de veto já à beira da conclusão do procedimento legislativo, o qual, em se tratando de verificação de compatibilidade com o Texto constitucional é reconhecido como “jurídico” para diferenciá-lo daquele terminologicamente conhecido como “político” quando o Chefe do Executivo, por questões de conveniência e oportunidade entende que a espécie normativa então criada pode gerar inconvenientes sociais ao contrariar o interesse público (MENDES, COELHO e BRANCO, 2009, p. 920).

O que importa, ao largo dessas noções básicas sobre o processo legislativo – cuja reprodução, aliás é obrigatória aos demais entes federados –, é que esse número exponencial de ações diretas de inconstitucionalidade podem indicar, no mínimo, uma falta de zelo na produção do arcabouço normativo pelo legislador pois que despejam no sistema leis evadidas de constitucionalidade não constatada pelos instrumentos à disposição do Parlamento.

Se a substituição ao Legislador pelo Judiciário ocupou as linhas anteriores, o raciocínio ainda sob a sombra conceitual do protagonismo judicial também se exprime em números para o Executivo.

Após a Emenda Constitucional no 45/2006, apelidada de “reforma do judiciário”, ingressou no panteão de mecanismo de controle de constitucionalidade, o instituto da Súmula Vinculante cuja finalidade consiste, a par da dicção do próprio dispositivo inserido pelo constituinte derivado, atrelar a atuação dos órgãos judiciários inferiores e – circunstância que interessa ao

presente estudo – da Administração Pública a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal.

Não se trata de oferecer um mero paradigma interpretativo como se poderia esperar em respeito ao princípio da separação dos poderes que confere autonomia ao exercício das atividades desses agentes políticos, mas de vincular – com o perdão da redundância – a atuação desses mesmos órgãos, o que dá tônica peculiar a um instituto judiciário:

Esse conjunto de elementos autoriza a interpretação de que a disposição do art. 103-A tem o sentido de conceder ao Supremo Tribunal Federal para editar enunciados de súmula de caráter prescritivo, isto é, com a função de dirigir a conduta demodo vinculante, que são os elementos distintivos dos enunciados prescritivos de natureza jurídica. De fato, primeiro, porque o mencionado artigo 103-A autoriza o Supremo Tribunal Federal a emitir enunciados de súmula vinculante tendo por objeto a conduta dos membros do Poder Judiciário e das administrações públicas relativamente a aplicação da súmula vinculante. Segundo, porque prescreve que p enunciado é vinculante, o que equivale a dizer que é obrigatória. (ROCHA, 2009, p. 14)

Ocorre que esse instrumento é gerado a partir de outra atribuição legada ao Supremo Tribunal Federal: o seu espectro recursal.

Apesar de ostentar o papel de Corte Constitucional, conforme restou clarividente em função da exposição sobre o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, cumpre-lhe também a mesma gestão só que de maneira difusa ante a análise do “recurso extraordinário”, que por sua vez integra mais uma hipótese do sistema adoadado a fim de conduzir à revisão de uma decisão, circunstância que avoluma consideravelmente o

trabalho dos Ministros que se ocupam de questões comezinhas, uma vez que originadas de litígios individuais desde a primeira instância judicial estadual ou federal onde propostas e mesmo que o objetivo da medida seja manter a coerência do ordenamento jurídico em face da Carta Política em outra frente.

Em 2016¹⁴, já foram distribuídos 7.276 (sete mil duzentos e setenta e seis) recursos. Entre 1990 e 2014¹⁵, o total chega a impressionantes 509.560 (quinhentos e nove mil quinhentos e sessenta) medidas.

A referência ao quantitativo não serve apenas para contextualizar a atividade da Corte.

Ele consiste também em elemento objetivo necessário para a expedição da Súmula Vinculante, uma vez que seu enunciado decorre, como explicitado pelo artigo 103-A da Constituição Federal, de “*reiteradas decisões sobre matéria constitucional*”, a fim de, como já referido, permitir a conformação de um padrão hermenêutico que se sobepõe a qualquer outro eventualmente realizada pelo Administrador público o qual, na condição de agente político, gozaria, ao se deparar com conceitos jurídicos indeterminados ou normas dotadas de alto grau de abstração, da mesma prerrogativa atribuída a um ministro do STF, pois que dentro de sua esfera de liberdade de ofício imanente à construção de políticas públicas onde certo grau de autonomia é necessário.

Se o resultado das decisões em medidas associadas ao controle concentrado de consitucionalidade ostentam aquele efeito abrangente, espreado-se por todo o ordenamento jurídico e submetendo toda a comunidade política – algo que não acontecia por meio do controle difuso, pois que neste caso é válido apenas *inter partes* à relação jurídica discutida por meio do recurso extraordinário – passa este também a permitir tal consequência acaso redunde em uma Súmula Vinculante, o que

¹⁴Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 16/10/2016.

¹⁵Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>. Acesso em 16/10/2016.

vem sendo chamado, apropriadamente, de objetivação do controle difuso (AMORIM, 2010, pp. 68/69).

Desde a edição da Emenda Constitucional 45/2004, portanto em um espaço de doze anos, foram editados 55 (cinquenta e cinco) enunciados dessa natureza¹⁶, com evidentes reflexos para o Executivo, à exemplo da súmula vinculante 52 a qual ao prever que “*ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas*”¹⁷ termina por condicionar a atividade arrecadatória do Estado e, portanto, a ação do Fisco.

4 CONCLUSÃO

Poucos Órgãos discriminados na Constituição Federal de 1988 têm recebido tanta atenção, seja por meio de outros órgãos com idêntica dignidade institucional, seja da própria população em geral, notadamente informada pela mídia a respeito das pautas hauridas naquela Corte de justiça.

A ampla e variada judicialização de questões é, neste particular, seguro demonstrativo. Parlamentares não satisfeitos com os resultados das discussões sobre temas afetos ao exercício de suas competências ou cidadãos comuns que reclamam pela efetividade de garantias fundamentais buscam, por meio da gama de instrumentos processuais variados a tutela processual desses interesses, quase transformando o STF em alter ego da comunidade política brasileira.

Ocorre que tal protagonismo é consequência de um confluência de fatores perceptíveis no estágio contemporâneo do constitucionalismo indenticado pelo respectivo neologismo.

Sob este paradigma, com grande apreço à axiologia normativa, o formalismo jurídico reconhecido pelo juspositivismo

¹⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 16/10/2016.

¹⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 16/10/2016.

Ativismo judicial em números: uma análise empírica acerca...

cede espaço à influência dos princípios e sua absorção pelas Cortes de Justiça no âmbito do exercício da jurisdição constitucional que tem ido além da subsunção dos textos legais ao caso concreto, para atribuir-se a missão de efetivar, sob as mais variadas justificativas, uma agenda retoricamente associada à efetividade da Constituição.

Esse mister é concretizado, como já referido nesta sede, pelos inúmeros instrumentos processuais, cuja ação direta de inconstitucionalidade e a súmula vinculante – a primeira ligada ao controle concentrado e a segunda, por sua vez, ao controle difuso – são exemplos.

Se qualitativamente, o STF, onde tais instrumentos são cotidianos, vem encampando essa ideia, decidindo *hard cases* em detrimento da atuação regulamentar do Legislativo, ou interferindo em políticas públicas para o azar do Executivo, os números demonstram, de fato, uma atuação prolixa da Corte.

Em que pese só haver ativismo judicial acaso chegue a provocação via legitimado para instaurar os procedimentos, o fato é que mais de cinco mil ações diretas de inconstitucionalidade tramitaram ou tramitam no STF, servindo o número, ao menos, como indício da negligência da atuação dos Poderes legislativos federal e estaduais, demonstrando, com isso, que os mecanismos preventivos de controle de constitucionalidade inerentes a estes órgãos, os quais contam, inclusive, com a participação do Executivo no que tange a ausência de imposição do veto jurídico, tem permitido o protagonismo judiciário.

Na mesma senda, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade, vem permitindo a edição de súmulas vinculantes, verdadeira *tertium genus* de norma jurídica. Dotada de abstração e generalidade, decorrente da multiplicidade de recursos extraordinários sobre um mesmo tema, tais enunciados excluem os gestores de qualquer permissividade na interpretação de conceitos jurídicos indeerminados e, por via de consequência, afetam o caráter discricionário da atuação da Administração pública.

Em curto espaço de tempo, considerando que o instituto fora inserido há apenas doze anos, cinquenta e cinco súmulas vinculantes foram editadas pelo Supremo Tribunal

Federal, corroborando, assim, a sanha em assumir espaços de poder antes equilibrado pela noção montesquieuna de tripartição adotadas na maioria das sociedades democráticas.

REFERÊNCIAS.

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O *amicus curiae* e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Athalaia, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Antônio Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FRANCA FILHO, Márcilio Toscano. O paradigma vestfaliano e o estado contemporâneo: o que 1648 ainda tem a dizer em 2008? *in* NOVELINO, Marcelo e ALMEIDA FILHO, Agassiz (orgs.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado**. Salvador: Editora Juspodium, 2009.
- FEITOSA, Enoque. Para a superação das concepções abstratas e formalistas da forma jurídica *in* BELLO, Enzo (org.). **Ensaios críticos sobre Direitos Humanos e constitucionalismo**. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

- GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional:** do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991.
- HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies.** Maurer School of Law. Vol 11, n. 1, 2004.
- HOBBSAWM, Eric. **The age of revolution.** New York: Vintage Books, 1996.
- LIMA, Newton de Oliveira. **A jurisdição constitucional e a construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos.** São Paulo: MP editora, 2009.
- MARSHAL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **Public Law and Legal Theory Research Paper.** University of Carolina – Chapel Hill School of Law. n. 02-8, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia.** São Paulo: Atlas, 2009.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey editora, 2002.
- SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades *in* FELLET, André Luiz *et al.* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Juspodium, 2010.

CAPÍTULO VI

Poliamor: a incidência de princípios e direitos fundamentais como fundamento para a possibilidade de reconhecimento de um novo arranjo de família

CAROL BUARQUE LEITE DE OLIVEIRA¹

Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)

1. INTRODUÇÃO

As transformações da humanidade influenciam a sociedade pós-moderna, de tal forma, que a importância das Ciências Jurídicas passou a ser cada vez mais fundamental, especialmente no âmbito do Direito de Família, haja vista o desenvolvimento social dá-se em torno dos arranjos familiares.

O presente trabalho foi pautado em pesquisas bibliográficas, notícias relevantes ao cenário jurídico e social, leis, doutrina, jurisprudência, revistas e artigos científicos. Sob a perspectiva de uma metodologia dedutiva, parte-se da aceção, que os direitos fundamentais, e a hermenêutica principiológica, fundamentam a possibilidade do reconhecimento das uniões múltiplas como forma de família, e, por conseguinte, a geração de efeitos jurídicos.

¹ Advogada. Mediadora de Conflitos. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Mato Grosso/Brasil. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Candido Mendes - Rio de Janeiro/Brasil.

1. DIREITOS E PRINCÍPIOS INERENTES ÀS FAMÍLIAS PÓS-MODERNAS

1.1 Fatos, valores e normas

Para compreender o posicionamento defendido no presente trabalho acerca do poliamor, faz-se necessário um breve estudo sobre fato, valor e norma, além da ideia de princípios, já que com a Constitucionalização do Direito Civil abriu-se caminho para o pragmatismo, especialmente no que tange o Direito de Família, onde se ressalta cada vez mais a importância dos direitos individuais e sociais.

Para Pontes de Miranda, o fato jurídico seria o reflexo da incidência normativa de forma imperativa sobre fatos importantes para uma determinada sociedade, que mereciam ser regradados, e se desenvolveriam nos planos da existência, validade e eficácia². Já a Teoria Tridimensional do Direito defendida por Miguel Reale, admitia que os fatos valorados dariam origem às normas, que passavam então, a ter autonomia, podendo produzir efeitos.

Stolze e Pamplona destacam a importância do fato para o mundo jurídico, no sentido de que significa “todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas”³. Ensina Marcos Bernardes de Mello que “a existência do fato jurídico é premissa para quaisquer situações no mundo jurídico”⁴.

Dessa forma, entende-se o Direito como um fato social, oriundo de transformações de uma sociedade, em que as normas garantidoras de direitos fundamentais, incluindo-se aí os direitos da personalidade, são as que possuem maior relevância. Assim o fenômeno jurídico estaria sob a ótica da tríade fato, valor e norma.

Insta destacar, que a moral é compreendida como valor, e o Direito e a moral não se confundem, haja vista que não devemos considerar uma moral única, até porque se deve ter

² MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado**. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 294.

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª. ed. São Paulo: 2008, *passim*.

compreensão de sua relativização, no sentido de que o que é moral para uns, não é moral para outros, de modo a ser imprescindível uma argumentação racional, dentro de um contexto fundamentado, para defesa de um determinado valor moral atinente ao Direito Contemporâneo.

Uma vez compreendido o fato e o valor, importa aprofundar o estudo da norma, especificamente, as normas constitucionais. Se a Constituição pode ser vista como um “sistema jurídico aberto de regras e princípios”⁵, é imperioso que esse conjunto normativo seja harmônico e integrado, de tal forma que não há hierarquia entre as normas constitucionais. Cumpre explicar, que as normas constitucionais ocupam o topo do ordenamento jurídico pátrio, assim como os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, aprovados nos mesmos moldes estabelecidos para aprovação de emendas constitucionais, conforme preconiza a emenda constitucional nº 45/2004. Quaisquer outros instrumentos normativos, inclusive o Código Civil, devem ser compatíveis com a Lei Maior, e interpretados à luz da Constituição Federal.

Assim, a doutrina estabelece a norma como gênero, e regras e princípios como espécies de norma, ambas com eficácia e, portanto, geradoras de efeitos jurídicos. Pode-se dizer que os princípios possuem um alto grau de abstração, necessitando que o aplicador do direito faça uso de uma hermenêutica criteriosa, para imperar sua concretização consoante à situação fática, de modo a servirem como mandamentos de otimização, enquanto que as regras funcionam de forma a serem ou não cumpridas, na medida do que elas prescrevem.

1.2 Monogamia: princípio ou valor?

É verdade que os princípios possuem uma hierarquia axiológica: uns princípios possuem mais densidade normativa e menos carga de valor, e já outros possuem uma maior força valorativa e pouca densidade normativa. De tal sorte, que os que carregam uma carga valorativa menor, são considerados

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

subprincípios, não podendo ir de encontro àqueles que se projetam sobre o sistema normativo. Encontra-se claramente destacado nesse cenário a importância da valoração do princípio da dignidade da pessoa humana, elencado como um dos princípios fundamentais no inciso III, artigo 1º da Carta Magna⁶.

Costuma-se classificar a monogamia como princípio estruturante do Direito de Família, acepção com a qual aqui não se concorda. Primeiramente, os princípios são de espécies de normas, sendo incoerente considerar a monogamia como norma jurídica, asseverando Marcos Alves da Silva, que nesse sentido “vê-se que a monogamia comparece ao discurso do civilista expressamente como pressuposto”⁷.

Com base no Direito Romano, considerando-se sua sociedade em tempos passados, a monogamia era pressuposto para família; era regra. Penas severas eram aplicadas àqueles que violavam a fidelidade conjugal. Uma análise da Bíblia mostra que as sociedades eram naturalmente poligâmicas, tanto verificando o velho, como o novo testamento. Entretanto, com cristianismo, especialmente os povos ocidentais passaram a ter a monogamia como forma de família. Para Igreja, que ainda hoje não admite o divórcio, existe um dever-ser em manter-se monogâmico e fiel, repudiando-se o adultério. Porém, na sociedade moderna a própria Lei Maior descartou esse dever-ser, quando do estabelecimento da emenda constitucional 66/2010, instituindo inclusive o divórcio direto, e não sendo a culpa levada em conta quando do fim da dissolução da sociedade conjugal.

Ora, o dever de fidelidade decorrente da monogamia, como construção dogmática, que rege o matrimônio perde aos poucos sua eficácia. Com isso não significa dizer que uma relação não monogâmica é sempre uma relação de infidelidade, e contrária às normas, conforme se abordará no capítulo seguinte. A Lei 9.275/96 que dispõe sobre os conviventes em união estável,

⁶ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁷ SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 149.

sequer faz menção a qualquer impedimento para a constituição dessas entidades familiares, assim reconhecidas pela *Lex Fundamentalis*.

Além de ser contraditório numa relação caracterizada apenas pela situação fática, considerando-se a Teoria do Fato Jurídico, que já garante sua existência e possível geração de efeitos, mesmo que sem registro formal, serem impostos impedimentos próprios do casamento, que é um negócio jurídico constituído por ato solene. Percebe-se forçoso essa aplicação impeditiva, haja vista que casamento difere da união estável, ainda que a lei deva facilitar essa conversão, mas são institutos diferentes.

Outro ponto que merece ser mencionado é o que normatiza o artigo 1.723, § 1º do Diploma Civil em vigor, possibilitando àqueles que estejam separados de fato ou separados judicialmente, constituir uma união estável, e conseqüentemente, uma entidade familiar⁸. É conflitante com o artigo 1.727 do mesmo Livro Civil⁹, que trouxe a tona o concubinato. Dessa forma, dificilmente consegue-se visualizar a monogamia como princípio.

Ainda que na esfera penal haja sanção para o crime de bigamia tipificado no artigo 235 do Código Penal, é nítida a tentativa de impor a monogamia, punindo penalmente quem contrair novas bodas mesmo já estando casado. Ressalta-se que tal situação foi caracterizada como bigamia em um diploma legal que data da década de 40. Havia clara intenção do Estado em tutelar o matrimônio e o patrimônio, deixando à margem as realizações pessoais de seus indivíduos.

Trata-se de um exagero normativo na sociedade pós-moderna utilizar-se da esfera penal para sanar uma traição, conforme entendimento do professor Alberto Jorge Correia de Barros Lima “no entanto a resposta para esse problema deve ser

⁸ **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

⁹ **Art. 1.727.** As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

buscada junto ao Direito de Civil, especificamente no Direito de Família [...]”.¹⁰

Não cabe falar em monogamia como valor moral na sociedade do XXI, ainda que sejamos uma sociedade ocidental. Especialmente no que concerne às relações típicas de união estável. Já se mencionou anteriormente que a moral não é única; de forma que se entende a monogamia como um valor para determinado grupo social. Assim, não é conveniente na atualidade, atribuir a carga valorativa que tem sido dada à monogamia, elevando a mesma a princípio do Direito de Família.

Basta se confrontar a monogamia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este sim, fundante e estruturante do Direito de Família da sociedade pós-moderna, baseado no Direito Civil Constitucionalizado, em que o elemento central da família é justamente a personificação de seus membros, sua realização pessoal em busca da felicidade, caracterizando a família eudemonista. Sendo assim, o presente trabalho pautar-se-á na monogamia como valor, superando a ideia de princípio.

1.3 A releitura do princípio da dignidade da pessoa humana

Em recente palestra ministrada em sessão plenária no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, o renomado doutrinador e constitucionalista português, Canotilho, defendeu a existência de um Direito Constitucional Pós Moderno. Segundo ele, o Constitucionalismo do século XXI deve ser pautado em uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana¹¹.

Nesse sentido, defende a tese de que o que pode ser indigno e amoral para um determinado grupo social, inclusive, violando direitos e garantias fundamentais, tais como o bem jurídico maior qual seja o direito à vida, é condição essencial de existência digna para outros indivíduos, exemplificando os atentados terroristas como forma de dignidade para uma

¹⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.78.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Palestra: novos problemas na teoria dos direitos fundamentais**. Realizada em sessão plenária do Tribunal de Justiça de Alagoas, 06 de maio de 2016.

determinada coletividade. Para o referido jurista, há que se aceitar que existe uma Nova Teoria dos Direitos Fundamentais.

Ora, se a própria Constituição Federal eleva o princípio da dignidade da pessoa humana à condição de princípio fundamental da República, e levando-se em consideração os ensinamentos de Canotilho, é factível dizer que tal princípio possui um valor intrínseco diferente dos valores instrumentalizados em outros princípios. Ou seja, a dignidade da pessoa humana constitui-se como importante princípio fundamental para existência de toda uma humanidade, podendo ser considerada como um bem em si mesma.

Ainda que exista uma hierarquia axiológica entre os princípios, e que as regras sejam aplicadas como um dever-ser, na contemporaneidade é da mais alta relevância que cada norma, seja ela norma-regra ou norma-princípio, tenha seu texto normativo interpretado sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí se extrai que a dignidade da pessoa humana é o princípio de maior incidência e carga valorativa em todo o ordenamento jurídico pátrio, garantido também na ordem internacional, através de pactos, acordos e tratados dos quais o Brasil é signatário, e assim, irradia-se sobre todo o contorno que envolve o Direito de Família, sendo esta inclusive, a base da sociedade brasileira, conforme expressado no artigo 226 da Lei Maior.

Deve o Estado, observância ao princípio da dignidade da pessoa humana enquanto orientadora de suas ações. Compreendendo-se nesse cenário os seus próprios limites para que não haja inversão de valores, e termine, pois, o Estado, violando a própria condição de dignidade de seu povo.

Decerto, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, fundante e estruturante do Estado Democrático de Direito, os demais princípios norteadores e aplicáveis ao Direito de Família, sendo garantida sua proteção estatal.

1.4 A importância da principiologia

Para que haja um conjunto harmônico das normas no ordenamento jurídico pátrio, é imprescindível levar-se em

consideração os demais princípios, sejam eles intrínsecos ou explícitos, além de se ter a ciência que os direitos fundamentais, apesar de imprescritíveis e irrenunciáveis, possuem limitabilidade, não existindo, portanto, direito fundamental absoluto.

Interpretando-se o caput do artigo 5º da Carta Magna, verifica-se que os direitos fundamentais são destinados a todos as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, residentes ou não no Brasil. De tal sorte, que além da proteção dada à família nacional, é conferida também proteção aos seus membros e também àquelas famílias que aqui estejam de passagem, e carregam junto com ela seus direitos e costumes pátrios.

O princípio da igualdade é base para realização da dignidade da pessoa humana. A *Lex Fundamentalis* traz o direito a igualdade como direito fundamental e objetivo estatal, ao estabelecer em seu artigo 3º, IV que dispõe como objetivo da República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”¹².

Insta salientar a igualdade normatizada no artigo 5º caput e inciso I, de tal forma que ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” o legislador conferiu também um tratamento de equidade à sociedade e seus indivíduos, estendendo-se tal garantia às famílias.

Cumpre esclarecer que a igualdade pode ser lida como formal ou material, sendo assim, no exercício do referido direito, devemos tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Trata-se de uma forma de discriminação positiva, de modo a assegurar às minorias sua inclusão na sociedade. Segundo Maria Berenice Dias, “a ideia

¹² BRASIL. **Constituição Federal da República de 05 de outubro de 1988.**

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio. 2016.

central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça”¹³ (grifo nosso).

Uma das conquistas mais relevantes no ramo do Direito de Família inerente ao princípio da igualdade, foi justamente vedar quaisquer distinções em relações à prole, consoante artigo 227, §6º da CRFB/88¹⁴. Além disso, o reconhecimento das uniões homoafetivas, e posteriormente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, foi outro trunfo, demonstrando que apesar de não haver legislação específica que tratasse do assunto, o aplicador do direito mediante hermenêutica constitucional e uso dos princípios basilares da família, não se furtou em fazer justiça frente à omissão normativa. Assunto que será retomado no capítulo 4, deste trabalho.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, em relação ao princípio da liberdade e direito fundamental pautado no artigo 3º, I da CRFB/88, e também como objetivo do Estado, sua prerrogativa fundamental investe o ser humano em um poder de autodeterminação, ou seja, de determinar-se conforme sua própria consciência, sendo um poder de atuação em busca da realização pessoal e da felicidade.¹⁵

Pautando-se no ensinamento do douto constitucionalista, entende-se que a liberdade é princípio orientador no que tange a construção das entidades familiares e seu reconhecimento como tal, haja vista a família pós-moderna, chamada família eudemonista, caracterizada justamente pela personificação de seus indivíduos e sua realização pessoal em busca da felicidade.

Acrescenta-se ainda, a proteção dada pela Lei Maior em todo artigo 226, donde se extrai igualdade, liberdade, solidariedade, entre outros princípios. De tal maneira, que é incontestável a liberdade do indivíduo em relacionar-se no intuito

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. Ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

¹⁴ BRASIL. **Constituição Federal da República de 05 de outubro de 1988**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio. 2016.

¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVIM, 2016, p.593.

de constituir família da forma como assim deseje sua consciência e seja digna para sua realização como pessoa, verificando-se assim, uma incidência do princípio da liberdade em que pese o direito das pessoas escolherem como vão estabelecer seu vínculo conjugal, com observância à limitabilidade dos direitos fundamentais.

Constata-se que se relacionar com pessoas do mesmo sexo, ou ainda, com mais de uma pessoa, como o que ocorre nas relações de poliamorismo, nada mais seria do que a expressão manifesta e justa do princípio da liberdade no que tange o Direito de Família.

No que concerne o princípio da solidariedade, além de ser objetivo estatal preconizado no artigo 3º, I da CRFB/88, insta mencionar mais uma vez, alguns ensinamentos do ilustre professor Canotilho, proferidos na palestra citada no corrente capítulo. Ao falar sobre a Nova Teoria dos Direitos Fundamentais, o referido doutrinador enfatiza que deve haver uma solidariedade de todos na construção da sociedade, acrescentando que não se pode somente atribuir ao Estado essa missão¹⁶.

Compreende-se então, que a solidariedade está justamente no fato dos indivíduos de um determinado arranjo social, nesse contexto a família, passarem a amparar uns aos outros, de maneira responsável, respeitando direitos e deveres mútuos, considerando o afeto que os une e mantém solidificada tal relação.

Se a solidariedade é princípio inerente à família, é lógico afirmar que o princípio da proteção à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso assim também o é, haja vista que as proteções supracitadas, além de serem garantidas pelo Estado, presentes na ordem constitucional e infraconstitucional (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e Estatuto do Idoso), também são deveres dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais.

Como já aludido anteriormente, a Lei Maior garante toda uma proteção estatal às famílias. Contudo, há que se

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Palestra: novos problemas na teoria dos direitos fundamentais**. Realizada em sessão plenária do Tribunal de Justiça de Alagoas, 06 de maio de 2016.

mencionar a intervenção do Estado nas relações privadas, no caso das famílias, não deve ser vista isoladamente como fruto do Estado Social, e sim, como decorrência do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, destaca-se o princípio da intervenção mínima do Estado, que tem por objetivo garantir a proteção da família e seus membros, e não de interferir nos direitos fundamentais inerentes à liberdade, à intimidade e à vida privada. De tal forma, que deve haver uma ponderação de valores para garantir a aplicação otimizada dos princípios estruturantes do Direito de Família, cumprindo-se então, a função principiológica precípua.

Nesse contexto de proteção Estatal, destaca-se ainda o princípio de vedação ao retrocesso; deve o Estado garantir e proteger os direitos constituídos aos indivíduos. Segundo Canotilho, “não pode uma lei posterior mitigar direitos e garantias já consagrados pela Constituição”.¹⁷ E alargando-se o entendimento, verifica-se que o retrocesso social é uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e também aos direitos humanos.

De tal monta, que na omissão da lei, deverá o aplicador do direito fazer uso de princípios, analogia e costumes conforme orienta artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, interpretando o caso em concreto de acordo com normas e valores fundamentais da Lei Maior, em consonância com o disposto no artigo 140 no Novo Código de Processo Civil, com efeito, uma vedação ao retrocesso social.

1.5 O direito à felicidade sob a perspectiva do princípio da afetividade e do princípio da pluralidade das entidades familiares

Como já se falou anteriormente, a família pós-moderna não tem as mesmas características do modelo de família patriarcal, nem muito menos do modelo de família romano. Apesar do Código Civil de 2002 trazer dispositivos que carregam valores

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p.321.

centenários e ultrapassados, não inerentes a sociedade do século atual, a família eudemonista funda-se na ideia de uma realização do indivíduo em busca da felicidade.

E não há como falar em felicidade sem pautar-se no princípio estruturante, base da família eudemonista, que é o princípio da afetividade. No cenário atual, o aspecto patrimonial foi deixado de lado; há que se entender que a sociedade de fato deve ser totalmente abolida do conceito de família, dando lugar a sociedade de afeto.

Ainda que não existam disposições normativas acerca do afeto, pode-se inferir o afeto decorrente das próprias dimensões dos direitos fundamentais. Se nos direitos de terceira geração destacavam-se a fraternidade e a solidariedade, na quinta geração, funda-se o direito à paz. Para que se haja paz, é essencial que exista afeto entre as pessoas, e um amor próprio, haja vista a personificação do ser humano.

Sendo assim, o princípio da afetividade torna-se fundamental no seio da família, para que em se mantenham em equilíbrio todos os outros princípios, e que cada um de seus membros possam conquistar a felicidade e a realização pessoal. É visível que além de laços sanguíneos, as pessoas se unem sob o manto dos laços de afetividade, a exemplo disso, a própria Carta Magna mantém em condição de igualdade filhos, sejam eles biológicos ou adotivos, fruto de vínculo conjugal ou não. Com o julgamento da repercussão geral 622, O Supremo Tribunal Federal sacramentou a possibilidade da pluriparentalidade e o reconhecimento do vínculo jurídico da afetividade, precedentes importantes para o reconhecimento do poliamor como forma de família.

2. FAMÍLIA NO SÉCULO XXI: A MULTIPLICIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

2.1 Família ou famílias?

Estabeleceu-se primeiro uma contextualização da evolução histórica, social, e ainda jurídica, para entender, *a posteriori*, o verdadeiro significado do que é família dentro da sociedade pós-moderna.

Partir-se-á da concepção da não autonomia do Direito. Dessa forma, é imprescindível estudar tal ciência pautando-se em outras. Do mesmo modo, também se admitirá que o Direito e suas facetas não podem ser visto de maneira isolada; como partes autônomas. Há que haver uma integração entre os ramos jurídicos.

Nesse cenário, cumpre lembrar que através do Direito Civil é que foram destacados os direitos fundamentais e os direitos humanos, donde se originou justamente a chamada repersonalização do direito civil. Nesse cenário, insta mencionar o entendimento do nobre jurista Canotilho acerca dos direitos da personalidade:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade [...] Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) [...].¹⁸

Entende-se assim, que com o exercício dos direitos da personalidade, amplamente consagrados no âmbito constitucional, juntamente com a incidência dos princípios estruturantes do Direito de Família, não permite mais espaço para família singular, sendo, portanto, correto afirmar sobre a existência de famílias.

Admite-se então, que as famílias possuem um núcleo central fundado em três elementos, quais sejam: a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade, caracterizando o arranjo social, compreendido em um único gênero (famílias), derivando deste várias espécies, que são determinadas de acordo com a forma de realização da dignidade pessoal de seus membros em busca da

¹⁸ *apud* GSCHWENDTNER, Loacir. [Direitos Fundamentais](#). **Revista Jus Navigandi**, Ano 6. Outubro, 2001. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2075>>. Acesso em: 17 maio. 2016.

felicidade. Adota-se, portanto, uma acepção própria acerca do conceito de famílias.

Não se tem por objetivo discordar e nem confrontar os inúmeros conceitos acerca das entidades familiares entendidos pela doutrina já consagrada no âmbito do Direito Civil, e também pelo legislador e pelo aplicador do direito. Porém, ao adotar-se uma definição própria, seguiu-se uma hermenêutica sistemática e teleológica consoante doutrina Canotilho, no sentido de que caso haja dúvidas, deve-se adotar a interpretação que perfilhe maior eficácia aos direitos fundamentais, de tal sorte que se admite ser *numerus clausus* o rol de famílias normatizadas pelo artigo 226 da Constituição Federal¹⁹. Até porque no caso de uma norma que venha a limitar direitos, não se deve fazer a interpretação do seu texto normativo de maneira restritiva.

Acrescenta-se ainda, que no conceito de famílias defendido e exposto no presente trabalho, não se faz juízo de valor; diferenciação de sexo entre os membros da entidade familiar, nem tampouco é estabelecido um número de indivíduos participantes do arranjo, de maneira que há uma liberdade para se derivar do gênero famílias as suas espécies.

2.2 A diversidade arranjos familiares

Conforme se disciplinou anteriormente, passa-se a designar famílias como gênero de um arranjo social, caracterizado pelo afeto, estabilidade e ostensibilidade, donde se derivam várias espécies, que são determinadas de acordo com a forma de realização da dignidade pessoal de seus membros em busca da felicidade, sem que haja distinção de sexo, número de indivíduos participantes da relação, e quaisquer juízos valorativos acerca dessas entidades.

Assim, da pluralidade de espécies das entidades familiares, detalhar-se-á o poliamor, sem a finalidade de exauri-lo, haja vista compreender-se que a Lei Maior traz no artigo 226 um rol não taxativo, e ainda por enxergar-se a não autonomia do Direito, e conseqüentemente, sua influência por outras ciências e

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

pela transformação da sociedade e evolução dos indivíduos, o que se leva ao entendimento de que no futuro, surgirão novas espécies de famílias.

3. COMPREENDENDO O POLIAMOR

3.1 Conceito e características da relação de poliamor

Numa sociedade pós-moderna onde famílias fundam-se no afeto e alcançam a plenitude de sua dignidade na realização pessoal do eu de cada um de seus membros, é compreensível entender a liberdade dos indivíduos, direito consagrado na Lei Maior, no que concerne a construção de suas entidades familiares.

Como se vê, há uma pluralidade de espécies de famílias. Ainda que se tentasse explicar uma a uma, tornar-se-ia uma tarefa difícil, haja vista a existência de arranjos sociais que ainda não são vistos pelo Estado, e até mesmo pela sociedade, insistindo-se em tentar impor a uma universalidade valores morais de um determinado momento e grupo social, qual seja a monogamia; sendo neste trabalho já superada sua ideia de princípio.

A própria evolução natural dos seres humanos é contrária à monogamia; valor moral implantado e consagrado pelo cristianismo nas sociedades ocidentais. Não se entrará em detalhes antropológicos e sociológicos para explicar um fenômeno natural. Portanto, centrar-se-á em mostrar que existem relações não monogâmicas, que podem sim serem tuteladas pelo Estado, e reconhecidas como espécie de famílias, levando-se em consideração inclusive, o conceito de famílias aqui adotado.

Não significa que se está a defender a prática da poligamia e quaisquer que sejam suas formas, elevar-se a espécies de famílias. Longe disso; o fato de se constituir um arranjo social pautado na poligamia não necessariamente está fundado nos princípios norteadores do Direito de Família, concepção que também aqui se estende aos arranjos sociais que são monogâmicos. Há tempos que é sabido que muitas famílias, assim considerada pela sociedade e pelo Estado, possuem membros que em busca de uma realização pessoal terminam por quebrarem determinadas regras e princípios que orientam as entidades familiares, ficando longe de atenderem as características comuns inerentes às famílias, consoante ensinamentos Lôbo:

a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.²⁰

Muitas dessas relações envolvem terceiros de boa-fé, de tal forma, que estes terminam por se relacionarem com indivíduos, que já são membros de uma determinada família, e estão impedidos de manter outro relacionamento conjugal. Em outros casos, as pessoas têm ciência do fator impeditivo, mais ainda assim, optam por manter o relacionamento às escuras.

Além de outras situações, como as que pessoas impedidas de manterem outras uniões ou casamentos, possuem uma relação extraconjugal, e mesmo sua família tendo ciência, aceita o paralelismo da relação, seja por questões de valores morais em manter-se o vínculo conjugal, resquícios da influência cristã, seja por questões econômicas ou até mesmo por não se importarem com tal situação e muitas vezes acharem difícil constituir uma nova união. Assim, os pilares do afeto, estabilidade e ostensibilidade, em muitos arranjos familiares da sociedade atual e também passada, são por hora olvidados.

A bigamia é considerada crime no Brasil. Entretanto, a infidelidade não está tipificada como tal na legislação penal pátria. Todavia, mesmo não tendo uma sanção jurídica, a infidelidade possui uma sanção social, sendo as chamadas concubinas estigmatizadas pela sociedade. Tanto que o legislador tratou de inserir na legislação civil, o instituto do concubinato. Embora aqui não se concorde com tal denominação, diga-se pejorativa, cumpre realizar uma análise em virtude da importância de explanar as semelhanças e diferenças das uniões paralelas ou simultâneas em relação às uniões múltiplas.

²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

Poliamor: a incidência de princípios e direitos fundamentais

A monogamia foi inculcada na sociedade para proteger além dos valores morais inerentes ao cristianismo, também o patrimônio, numa época em que a mulher era submissa e dependente da figura masculina; havia uma repulsa social para àquelas que traíam.

Ao se falar de poliamor, não se está referindo às relações poligâmicas em geral. Conforme o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira,

a palavra poligamia origina-se do grego *poligámos*, significando a relação vivencial, mútua assentida, e, eventualmente, convalidada por uma ordem cultural-social vigente no âmbito do grupo social, qualquer que seja a amplitude espaço-temporal e a sua compreensão, estando presentes ou não elementos de convalidação religiosa, segundo os costumes locais e os desejos pessoais, que ou aceita ou estabelece, prescreve e, pois, espera que o pacto conjugal seja plurívoco e não exclusivo, com ou sem sanções de várias ordens para o desvio da fidelidade a essa pacto [...].²¹

A poligamia também é vista em dois aspectos: um homem e várias mulheres (poliginia) ou uma mulher e vários homens (polandria). E ainda existem formas onde vários homens e várias mulheres relacionam-se simultaneamente. De fato, a liberdade sexual é acentuada na sociedade pós-moderna.

Não só o homem, mais também a mulher, hoje muito mais independente e tratada sob a égide do princípio da isonomia em relação à igualdade de gêneros, terminam por experimentar novas formas de afeto, carinho e prazer que os fazem realizar-se. Não que essas práticas anteriormente não existissem; elas existiam, porém eram menos acentuadas entre as mulheres, e não eram

²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

práticas de relacionamento que se fazia publicidade. Até mesmo pelas características da sociedade à época.

Entretanto, é comum ouvir falar em pessoas que experimentam relacionar-se com outra do mesmo sexo, que tentam relações com mais de uma pessoa simultaneamente, ou ainda, que são adeptos ao chamado *swving*, prática em que os casais, trocam de parceiros entre si, em nome de uma realização sexual. Essas relações são eventuais; esporádicas, e, portanto, não se pode considerá-las como espécies de famílias.

Toda essa evolução sexual trouxe junto com ela o chamado poliamor. Conforme ensina Rafael Santiago “não existe uma definição clara acerca do seu significado. Especialmente porque o poliamor é uma concepção de relação não tão bem aceita pela sociedade que se intitula monogâmica, principalmente nos países do Ocidente”.²²

Há muitas comunidades jovens que praticam o poliamorismo em alguns estados dos Estados Unidos da América, onde as leis permitem tal prática, tendo em vista que naquele país cada estado possui um ordenamento jurídico próprio. Também existem muitos casos de comunidades adeptas do poliamor em Portugal, país do qual fomos colônia, recebemos suas influências e costumes, e ainda, mantemos acordos internacionais de reciprocidade.

Não é fácil encontrar na doutrina pátria aceções jurídicas acerca do poliamor, que normalmente, é entendido num contexto muito mais sociológico que jurídico. Decerto, interessante destacarmos as teorias da doutrina internacional, sem, contudo, aprofundar em qualquer estudo no que diz respeito ao poliamor no Direito Comparado.

Deborah Anapol ensina que o poliamor funda-se na decisão de honrar as mais diversas maneiras em que um relacionamento amoroso pode se manifestar, sendo capaz de assumir variadas formas²³.

²² SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 130.

²³ *apud* SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 141.

Outro conceito trazido pelo direito alienígena é o apontado por Jim Haritaworn, Chin-ju e Christian Klesse, que definem o poliamor como “uma forma de relacionamento em que é possível, válido e compensatório manter – em geral por longos períodos de no tempo – relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos com mais de uma pessoa simultaneamente”, afirmando ainda que “existem dois temas importantes no discurso do poliamor: honestidade e consenso”²⁴.

Com base nas acepções acima mencionadas tentar-te-á explicar o real significado do poliamor. Fica evidente que se trata uma situação fática, de modo que há que se considerar sua existência no mundo jurídico, e conseqüentemente, sua possibilidade de gerar efeitos, conforme se estudará no capítulo seguinte,

Pode-se dizer que o poliamor é um arranjo social, onde há relacionamentos não eventuais, entre pessoas desimpedidas, as quais não se restringem gênero e número, fundada em um determinado vínculo afetivo, sem necessariamente haver sexo, onde seus integrantes consensualmente aprovam as uniões múltiplas entre eles, tendo em vista a busca de suas dignidades por meio de suas realizações pessoais com vistas à felicidade, constituindo um único núcleo de entidade familiar. Ora, pela definição supracitada, adotada no presente trabalho, é fácil perceber que existem vários modelos de poliamor, porém não será objeto desse trabalho explorar sua totalidade; de modo apenas a exemplificar-se.

Dessa forma, se verifica que poliamorismo pode ser praticado sob diferentes óticas. Pode-se imaginar, uma situação em que existe uma pessoa que mantenha um vínculo poliamorista com outra, onde exista entre eles relação sexual, e que um terceiro envolvido nesse mesmo arranjo social, embora adepto do poliamor, não mantenha relação sexual com os outros dois.

Outro caso poderia ser o poliamorismo entre dois homens e duas mulheres, em que as mulheres se relacionam entre si e com os homens, afetiva e sexualmente, porém os homens

²⁴ *apud* SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias:** reconhecimento e conseqüências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015, p. 140.

somente mantem entre si um vínculo afetivo, sem haver relações sexuais.

São inúmeras as formas derivadas do poliamor. Não seria factível distender a tal ponto, até porque fugiria ao objetivo inicial do presente trabalho, qual seja: aplicar os direitos e garantias fundamentais às uniões múltiplas, neste caso, o poliamor, de modo a justificar a possibilidade de sua geração de efeitos.

3.2 Princípios do direito de família que pautam o poliamor

Imperioso retomar os pilares principiológicos orientadores do Direito de Família, aludidos no capítulo 2, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da liberdade, o princípio da solidariedade, o princípio da proteção à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, o princípio da intervenção mínima do Estado, o princípio da vedação ao retrocesso social, o princípio da afetividade e o princípio da pluralidade das entidades familiares.

Se o poliamor pode ser considerado uma forma de relacionamento existente e válida, não eventual, pautada em relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos com mais de uma pessoa simultaneamente, formando um único núcleo, e seus integrantes possuem ciência das uniões múltiplas entre eles, havendo respeito e fidelidade recíproca, tendo em vista a busca de suas dignidades por meio de suas realizações pessoais com vistas à felicidade, verifica-se a incidência dos princípios estruturantes de família nesse tipo de relação.

Apesar de ter suas origens em relacionamentos sexuais, o poliamor não é pautado somente em sexo, podendo este fazer parte, mas o que mantém os membros do poliamor unido é o afeto, havendo tipos de poliamorismo em que sequer existem relações sexuais, haja vista que nem sempre tais relações são sinônimo de afeto, especialmente no que tange a sociedade pós-moderna, em que os indivíduos são adeptos das mais diversas formas de exteriorização de sua sexualidade.

No poliamorismo é evidente o princípio da liberdade, inclusive na forma de organização do arranjo social, além de haver solidariedade e igualdade entre seus membros, ou seja, há uma

Poliamor: a incidência de princípios e direitos fundamentais

reciprocidade e não existe hierarquia entre os integrantes da relação.

Fazendo-se uso do conceito adotado no presente trabalho de famílias, a saber, gênero de um arranjo social, caracterizado pelo afeto, estabilidade e ostensibilidade, donde se derivam várias espécies, que são determinadas de acordo com a forma de realização da dignidade pessoal de seus membros em busca da felicidade, sem que haja distinção de sexo, número de indivíduos participantes da relação, e quaisquer juízos valorativos acerca dessas entidades, pode-se incluir o poliamor nesse contexto, perfazendo-se o entendimento de que esse tipo de arranjo social também é uma espécie de entidade familiar.

De tal forma que se constata a incidência do princípio da vedação ao retrocesso no que concerne os direitos conquistados em relação às famílias, devendo, pois, o Estado proteger o que aqui se entende ser a família poliamorista e não intervir de modo a ferir princípios e direitos fundamentais dos indivíduos, sendo o poliamor uma expressão da pluralidade das entidades familiares e uma evidência da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Poderia questionar-se a presença do elemento ostensibilidade característico das famílias, porém no caso do poliamor, há que se ressaltar que o princípio da ostensibilidade resta mitigado, em virtude da repulsa social a esse tipo de arranjo, sendo colocado à margem da sociedade e do Estado. De tal sorte, que exibir publicamente uma relação de poliamor no Brasil, não se torna uma tarefa fácil, pois seus membros terminam por sofrer preconceito e discriminação, em virtude de valores tidos como morais, no caso a monogamia.

Entretanto, mesmo o poliamor não sendo a forma mais típica de espécie de família, não se deve fechar os olhos para uma realidade fática, que vai ganhando força e adeptos na sociedade pós-moderna. Embora existam muitas pessoas que não pratiquem o poliamorismo, não significa que elevar o poliamor à espécie de família seria violar direitos de terceiros que não comungam dos mesmos valores; ao contrário, seria tutelar as minorias que mais precisam ser protegidas pelo manto Estatal.

Ressalta-se, que independente de orientação sexual, religiosa, política ou filosófica, há que se ter respeito uns aos outros, especialmente no cerne de direitos fundamentais que estão envolvidos no poliamorismo, seja igualdade, liberdade, e mais amplamente falando-se, os próprios direitos fundamentais da personalidade, tendo em vista a repersonalização do Direito de Família, o eudemonismo presente como característica das famílias pós-modernas, e releitura do princípio da dignidade da pessoa humana, em que pese, ratifica-se o pensamento do renomado doutrinador Canotilho, no sentido de que o que é dignidade para uns não necessariamente é dignidade para todos²⁵.

CONCLUSÃO

A nova ordem constitucional, inaugurada com a Constituição Federal de 1998, permitiu uma profunda modificação da interpretação de textos normativos, de forma a adaptá-los à Lei Maior. Houve uma Constitucionalização do Direito, e assim, novas ideias, como a repersonalização do Direito de Família, consolidaram-se, possibilitando deslocar o centro da família da entidade em si, para o desenvolvimento da realização pessoal de seus indivíduos.

A dignidade da pessoa humana passou a ser elemento fundante para as interpretações das leis, jurisprudências e construção de novos entendimentos do contorno familiar. A incidência de outros direitos garantidos na Carta Magna, e outros princípios, como a liberdade, igualdade, solidariedade e afeto, ganharam força, servindo de parâmetros para solucionar conflitos inerentes ao Direito de Família.

A família plural pós-moderna, chamada eudemonista, expande-se de tal forma que novos arranjos sociais emergem de sobremaneira, que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar, ficando seus indivíduos à margem da tutela estatal. Contudo, hodiernamente não se admite ao Estado, escusar-se de garantir proteção às famílias, justificando-se a lacuna da lei, como o que ocorre atualmente com o poliamor.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Palestra: novos problemas na teoria dos direitos fundamentais**. Realizada em sessão plenária do Tribunal de Justiça de Alagoas, 06 de maio de 2016.

Poliamor: a incidência de princípios e direitos fundamentais

Como a Constituição Federal dispôs apenas um rol exemplificativo para as espécies de entidades familiares, cabe ao aplicador do direito a função de analisar o caso concreto, e fundamentado na interpretação constitucional, levando em consideração o princípio da intervenção mínima do Estado, e ainda, o princípio da vedação ao retrocesso, conceder direitos àqueles que buscam à Justiça.

Independem de valores morais, é imperioso destacar que as relações de poliamorismo não ferem as normas do Direito Brasileiro, haja vista, que não há no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma vedação a esse tipo de união. De forma que, entende-se necessária urgência em tutelar tais entidades, que aqui se considera como família, sob pena de se considerar a inobservância a esses arranjos, no mínimo como injustiça.

De fato, nem sempre o que é legal é justo. Entretanto, no caso do poliamor, não há que se falar em ilegalidade; as relações de poliamorismo atendem os requisitos necessários e caracterizadores de uma família. Fechar os olhos para uma realidade que circunda a sociedade pós-moderna é um verdadeiro retrocesso, comparando-se a tantos direitos já alcançados, que há pouco tempo considerava-se praticamente impossível conceder-se, como ocorreu com o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Importa destacar, que apesar do livre convencimento motivado, e assim, o juiz na função de aplicador do direito, necessitar fundamentar suas decisões, não existe o que podemos chamar de neutralidade, ou seja, os magistrados são pessoas comuns investidas em uma jurisdição, de tal forma que carregam consigo valores e conceitos que consideram morais, tendo em vista que receberam educação de seus pais, que já foram orientados por seus ascendentes e assim sucessivamente, ou seja, muitas vezes tais valores morais e costumes não norteiam mais a sociedade em seu tempo. O que leva à conclusão de que mesmo com o princípio da imparcialidade do juiz, algumas decisões podem nelas terem inculcadas valores próprios do julgador, que foram estendidos à coletividade.

No caso do poliamor, há que se ter em vista o direito à felicidade, já consagrado pela Suprema Corte do país. A família agora existe para proporcionar a realização de seus membros,

unidos pelo primoroso princípio da afetividade, já solidificado como estruturante do Direito de Família. Destaca-se que a dignidade da pessoa humana merece uma interpretação ampla, no sentido de que a mesma, é além de tudo, um direito humano.

Conclui-se, pois, sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil, seus princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito, e ainda, a aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais conferidos às famílias e seus indivíduos, que é possível o reconhecimento das uniões múltiplas de poliamor como forma de família, bem como razoável, a geração de efeitos jurídicos oriundos dessas relações, considerando-se por fim, justa toda e qualquer forma de amor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luiz Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRASIL. **Constituição Federal da República de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 maio. 2016.
- _____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 20 maio. 2016.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 20 maio. 2016.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.
- _____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 820.475/RJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Rel. p/Ac. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de

- setembro de 2008. Diário de Justiça. 02.09.2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Novos problemas na teoria dos direitos fundamentais**. Realizada em sessão plenária do Tribunal de Justiça de Alagoas, 06 de maio de 2016.
- _____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- _____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 10. ed. Salvador: JusPODIVIM, 2016.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. Maria Berenice. **Sociedade de Afeto**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_792\)1_sociedade_de_afeto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_792)1_sociedade_de_afeto.pdf)> Acesso em: 23 maio. 2016.
- DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. São Paulo: Del Rey.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVIM. 2013.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERRARINI, Letícia. **Famílias Simultâneas e seus efeitos jurídicos: pedaços da realidade em busca da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direitos de famílias: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Revista Jus Navigandi. Ano 6. Outubro, 2001. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2075>>. Acesso em: 17 maio. 2016.
- JUSBRASIL **Rio de Janeiro registra mais uma união**

poliafetiva. Fonte: IBDFAM. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/321021549/rio-de-janeiro-registra-mais-uma-uniao-poliafetiva>>. Acesso em: 29 maio. 2016

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** família. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias:** reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013.

CAPÍTULO VII

A supervisão do sistema financeiro: a experiência europeia e americana

MARIA EMÍLIA TEIXEIRA¹

GIL VALENTE MAIA²

Universidade Portucalense (Portugal)

INTRODUÇÃO

A crise financeira de 2007 acentuou a necessidade de se repensar o modelo regulatório em vigor, tanto no espaço europeu como no espaço americano. No primeiro, a supervisão meramente nacional revelou as suas fragilidades. No segundo, o modelo regulatório tem oscilado ao longo do tempo, suscitando dúvidas sobre qual será o seu futuro.

O efeito global da crise e o elo entre a crise da dívida e a crise da banca obrigou a uma solução supranacional e a respostas firmes. Apesar de algumas soluções prementes e imediatas, é a União Bancária que constitui o passo mais decisivo nesse sentido. O presente artigo visa analisar a alteração do quadro regulatório nos espaços *supra* enunciados, destacando particularmente a União Bancária e a evolução do modelo de regulação americano, não descurando as respetivas virtualidades e imperfeições.

1.1. PROLEGÓMENOS: A CRISE E A NECESSIDADE DE UMA RESPOSTA SUPRANACIONAL

A criação de um espaço de livre circulação, prevista no Tratado de Maastricht, teve como corolário a criação de um espaço financeiro comum. Suprimindo entraves à livre circulação e ao estabelecimento de atividades comerciais, desenhou-se um

¹ Doutora em Direito Bancário, Professora da Universidade Portucalense.

² Investigador do Instituto Jurídico Portucalense

mercado europeu de serviços financeiros, culminando um processo de convergência que se ia esboçando desde a década de 70. Desse modo, a atividade bancária não se confinava a um único Estado, alastrando a sua atividade por todo o vasto espaço europeu, o que implicaria novos desafios de supervisão, desde logo no que concerne à harmonização e à coordenação entre diversas autoridades nacionais.

Apesar das inúmeras vantagens de uma banca universal, a verdade é que esta realidade exponencia os efeitos do risco sistémico de uma crise. A crise de uma instituição, fenómeno aparentemente isolado, universalizou-se e adquiriu um *efeito dominó* capaz de colocar em causa todo o sistema financeiro.

A crise do verão de 2007 propiciou efeitos que se propagaram por todo o mundo, revelando uma capacidade de contágio mundial e evidenciou as fragilidades no modelo de regulação existente, desnudando os problemas dos modelos de regulação nacionais, das estruturas de governo societário e de algumas práticas e operações bancárias³. As instituições bancárias, pela sua dimensão e pelas externalidades negativas que o seu colapso teria para a economia, sabiam que o Estado funcionaria sempre como tábua de salvação da banca (*too big to fail*⁴). Esta mesma razão servia para práticas menos prudentes dos bancos (*moral hazard*), estando estes mais predispostos para investimentos temerários. Outro dos problemas que a crise demonstrou foi o facto de, no modelo de governação dos bancos, os *stakeholders* mais influentes usarem a sua posição de domínio para a concessão de crédito para além de um risco prudente, em detrimento dos pequenos investidores e depositantes. Aliado a este problema, a crise alertou para a necessidade de avaliar a idoneidade de

³ Uma análise minuciosa das causas da crise pode ser encontrada no Livro Branco sobre a regulação e supervisão do setor financeiro, publicado em 2016, da autoria do Banco de Portugal.

⁴ No espaço europeu, cerca de 70% das empresas recorre à banca como meio de financiamento. Já no espaço americano é o mercado de capitais que assume primazia. Este fenómeno (*overbanking*) ilustra o efeito de contágio que pode existir quando a banca colapsa. Para mais dados, cfr. SCHOENMAKER, Dirk. The new banking Union landscape in Europe. *The Journal of Financial Perspectives*, July 2015, vol.3, n^o2, p.1-28.

acionistas e gestores de instituições bancárias, pela dimensão ética que a profissão comporta, evitando práticas abusivas e opacas.

A opacidade da banca (*shadow banking*), o comportamento das agências de notação financeira durante a crise e a incapacidade das estruturas de supervisão nacionais agirem atempadamente foram outros dos problemas queurgia combater. Tornou-se inevitável que uma reforma profunda surgisse e que a mesma teria de ser conduzida por instituições supranacionais.

O modelo de supervisão anterior a 2007 era puramente local e, por isso, fragmentário e casuístico, com regimes diferenciados ao nível da supervisão, o que dificultava uma resposta global e a eficácia das soluções. Um sistema fragmentado e assimétrico torna mais difícil a proteção dos depositantes e contribuintes. A supervisão doméstica diminui a eficácia e não quebra a ligação perniciosa entre a dívida soberana e o risco bancário, numa Europa em que os bancos acumularam dívida pública, o que conduziu a falências e necessidade de intervenção externa. Este modelo anterior à crise, marcadamente minimalista e pouco consentâneo com a realidade global dos mercados financeiros, revelou-se insustentável para gerir os riscos decorrentes da globalização financeira, da emergência de conglomerados financeiros e da crise que se seguiu. Com efeito, o modelo assente na descentralização, fragmentação e na cooperação voluntária (baseadas na ideia de soberania estadual) assemelhava-se a uma antiguidade de museu perante a emergência de uma realidade interligada e transnacional, conduzindo a que muitos Estados procedessem a uma alteração das suas arquiteturas nacionais de supervisão, com clara tendência para a institucionalização de modelos de supervisor único ou modelo *twin peaks*, ao mesmo tempo em que esta reforma era feita no espaço europeu.

Os princípios *do home country control* e do reconhecimento mútuo, que estiveram na gênese das primeiras harmonizações comunitários no sector europeu, ainda antes do Acto Único Europeu, revelavam-se desajustados perante uma realidade que se expandia, consolidava e que se revelava altamente inovadora.

A integração do sistema financeiro europeu remonta a 1992, com a criação do Mercado Único. A introdução do euro, em

1999, constitui mais uma etapa no processo de integração financeira no espaço da União Europeia. Todavia, apesar destes avanços, a integração e harmonização do sistema bancário tardou a chegar, permanecendo de cariz maioritariamente nacional. Antes da criação da União Bancária, em 2012, a União Europeia já havia tomado algumas medidas, de impacto mais reduzido, a fim de promover uma supervisão supranacional e a harmonização legislativa (*single rulebook*)⁵, procurando assegurar uniformidade legislativa e concorrencial na atividade bancária (*level playing field*). Todavia, apenas com a criação, em Junho de 2012, da União Bancária é que seria dado o passo decisivo rumo a um modelo mais cabal de supervisão supranacional.

Entre 2001 e 2003, a Comissão Europeia implementou aquilo que ficou conhecido como *Lamfalussy Process*, em homenagem ao presidente de um “Comité de Sábios” que redigiu as propostas, o Barão Alexandre Lamfalussy. Este sistema assentava em quatro níveis, cada um dos quais correspondendo a um estágio de integração financeira. Assim, no primeiro nível, o processo recomenda a definição, através do processo legislativo ordinário, dos princípios-quadro na matéria a serem vertidos em Regulamentos e Diretivas. Um segundo momento visa a aplicação dos princípios-quadro através da coordenação entre as autoridades nacionais, a Comissão e um Comité de nível 3, que exerciam funções no âmbito da banca, seguros e fundos de pensões e valores mobiliários⁶. Um terceiro nível visaria garantir a transposição dos textos dos níveis anteriores, através da cooperação entre os comités e das recomendações por estes produzidas. Num quarto nível, os Estados-Membros e as autoridades nacionais observariam o cumprimento na

⁵ Relativamente à legislação sobre supervisão prudencial, cumpre destacar ainda os Acordos de Capital do Comité de Basileia, desde logo Basileia I (1988), Basileia II (2004) e Basileia III (2010). As soluções de Basileia III acabaram por ser vertidas para as Diretiva CRD IV (Diretiva 2013/36/EU).

⁶ Adotados pelas Decisões Comunitárias N° 2001/527/CE, N°2004/5/CE e N° 2004/6/CE. Este sistema articulava 3 entidades distintas: o Committee European Securities Regulator (CESR), supervisionando a área dos valores mobiliários, o Committee of European Bank Supervisors (CEBS), na área da banca, e o Committee of European Insurance and Occupational Pension Supervisors (CEIOPS).

transposição e aplicação das recomendações. Este procedimento comitológico, assente na cooperação e sem poderes de autoridade, revelou-se ineficaz para gerir a dimensão transfronteiriça da crise.

É curioso notar, ainda que o espaço de que dispomos não nos permita uma análise profunda deste problema, que o processo de integração visado no Processo de Lamfalussy decorre em sentido inverso ao que sucede em outras matérias europeizadas, isto é, ao invés de se transferir poderes às autoridades nacionais, o processo de integração financeira surge já como uma transferência (ainda que muito reduzida) de poderes para autoridades supranacionais. Apesar do seu caráter limitado, não deixa esta questão de ser original e de indiciar, desde o seu início, um desejo de europeização da supervisão financeira, ainda que os seus resultados tenham sido (e sejam até ao momento presente) mais comedidos do que o pretendido.

Uma mudança de vulto surge com a publicação do Relatório de *Laroisère*, de 25 de Fevereiro de 2009, onde são identificadas as causas da crise e é proposta uma alteração do modelo de supervisão existente. A Comissão Europeia aderiu e aprovou as recomendações do grupo de peritos e, a 23 de Setembro de 2009, submeteu à aprovação do Parlamento e do Conselho as propostas de Regulamento, que iria dar origem ao Sistema Europeu de Supervisão Financeira (ESFS). Nesta sequência, surge, como órgão *ex novo*, responsável pela supervisão macroprudencial, o Comité Europeu do Risco Sistémico⁷ (ERSB) e três autoridades de supervisão (ESA'S), responsáveis pela supervisão microprudencial: a European Banking Authority (EBA)⁸, a European Insurance and Occupational Authority (EIOPA)⁹ e a European Securities and Markets Authority (ESMA)¹⁰, integradas num Comité Conjunto (Joint Committee of the European Supervisors Authorities), bem como pelas autoridades nacionais de supervisão. Esta estrutura não difere muito da estrutura tripartida do sistema anterior. No entanto, as ESA's gozam de personalidade jurídica e dispõem de poderes

⁷ Regulamento (UE) 1092/2010 de 24 de Novembro de 2010.

⁸ Criado pelo Regulamento (UE) 1093/2010.

⁹ Regulamento (UE) 1094/2010 de 24 de Novembro de 2010.

¹⁰ Regulamento (UE) 1095/2010 de 24 de Novembro de 2010.

vinculativos¹¹, dispondo ainda de uma estrutura organizacional própria¹² e de um leque de competências mais abrangente do que o existente no sistema anterior¹³. Refira-se ainda que o Comité Europeu do Risco Sistémico (ERSB) não dispõe de poderes de autoridade, atuando através de alertas e recomendações não vinculativos (*soft law*), e não goza de personalidade jurídica, apesar de gozar de uma estrutura organizacional própria¹⁴ e de ser responsável perante o Parlamento Europeu¹⁵. Apesar da evolução que representa a arquitetura institucional emergente do Relatório, a verdade é que, na sua versão primeva, o autor preconizava uma mudança ainda mais profunda, com poderes de supervisão mais centralizados, o que não veio a suceder. O Sistema Europeu de Supervisão Financeira, apesar de representar uma limitação dos poderes das autoridades nacionais, não é ainda um modelo de compressão absoluta das autoridades nacionais. Criou, efetivamente, um sistema descentralizado de supervisão financeira, o que não significou, como se aduz das considerações *infra*, que cada Estado-Membro não tenha um papel relevante na supervisão, desta feita sob a égide das diversas ESA's.

Apesar do desenvolvimento institucional que se ia registando, os acontecimentos precipitaram a necessidade de aprofundar a integração. Destarte, o ponto alto da crise, com a Grécia a sofrer um *bailout* em Maio de 2010, seguido da situação bancária espanhola, em Maio de 2012, acentuaram o risco de desintegração da Zona-Euro, com vários Estados a perderem o acesso aos mercados, e conduziram à criação do Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (2010) e, depois, do Mecanismo Europeu de Estabilidade (2012), o que evidenciou diferenças entre

¹¹ Vide artigo 5º do Regulamento (UE) 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, de 24 de Novembro de 2010.

¹² Vide artigo 6º do Regulamento (UE) 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, de 24 de Novembro de 2010.

¹³ Artigos 8º,9º,10º a 15º, 16º, 17º, 18º a 20º, 21º,23º,24º,29º,33º,35º,36º,38º dos Regulamentos (UE) 1093/2010, 1094/2010 e 1095/2010, de 24 de Novembro de 2010.

¹⁴ Artigo 4º,5º,6º,11º,12º,13 do Regulamento (UE) 1092/2010 de 24 de Novembro de 2010.

¹⁵ Conforme consta do artigo 19º do Regulamento (UE) 1092/2010 de 24 de Novembro de 2010.

as normas e procedimentos de resolução de vários Estados. O agudizar da crise revelou-se, por isso, um protagonista fundamental, exigindo reformas estruturais na arquitetura de supervisão e funcionando como catalisador das mudanças que viriam a acontecer aquando da criação da União Bancária e da progressiva integração europeia em matéria de supervisão financeira. A crise foi, por isso, o leitmotiv para um novo passo na integração financeira europeia, ao mesmo tempo em que a União Europeia foi o seu grande propulsor.

2. EM TORNO DA UNIÃO BANCÁRIA

O passo mais importante rumo a uma maior integração institucional no seio da União Europeia, e que viria a mudar a paisagem regulatória, foi dado em Junho de 2012. A União Bancária, mesmo na sua configuração inacabada, representa uma mudança no processo de integração e na relação entre os Estados-Membros e as instituições europeias¹⁶, sendo um passo arrojado em direção a uma maior europeização da supervisão financeira. Tal configura um processo de transição em que as decisões relativas ao setor financeiro deixam de ser exclusivamente tomadas a um nível nacional e passam para uma esfera supranacional, sendo o Banco Central Europeu¹⁷ o responsável pelas competências de supervisão. O grande objetivo deste projeto é garantir o regular funcionamento do mercado bancário. Visa, por isso, prevenir qualquer crise bancária, assegurando a estabilidade do sistema financeiro e minimizando o custo de falência para os contribuintes. Desta forma, qualquer projeto de União Bancária teria de assentar sobre alguns vetores essenciais, desde logo a supervisão, a garantia dos depósitos e a resolução bancária, procurando compreender a interligação entre estes domínios e aumentar a transparência e eficácia¹⁸. Representa a União Bancária uma solução compromissória e original,

¹⁶ VERÓN, Nicholas, *Europe's radical Banking Union*, Bruegel: Bruegel essay and lectures series, 2015.

¹⁷ Doravante, utilizaremos a sigla BCE.

¹⁸ A 12 de Setembro de 2012, a Comissão Europeia apresentou ao Parlamento Europeu e ao Conselho um *Roteiro para uma União Bancária*, onde explica os pilares sobre os quais assenta e a forma como irá ser construída.

procurando convencer os partidários e os detratores de uma maior integração supervisória no espaço europeu. Desta forma, a União Bancária é uma solução de convergência e cooperação institucional garantida através de maior harmonização legislativa, ao invés de se avançar diretamente para uma forma de centralização da supervisão financeira, o que não agradava, por razões diversas, a alguns Estados-Membros, seja porque não havia ainda um federalismo político no espaço da União Europeia, seja porque os mecanismos de resolução permaneceriam ainda instrumentos nacionais. Ainda assim, não é este um passo de somenos importância: a análise da evolução da integração financeira no espaço europeu, particularmente no que concerne à supervisão financeira, demonstra progressivos avanços (e céleres avanços) rumo a uma transferência cada vez maior de poderes dos Estados para a União Europeia. A União Bancária não será, por isso, um projeto fechado, podendo até representar mais um passo em direção a outros estágios de aprofundamento institucional.

O surgimento do projeto de União Bancária remonta à Cimeira do Euro de 28-29 de Junho de 2012¹⁹, sendo uma forma de travar a correlação a que se ia assistindo entre o risco da dívida soberana e a crise bancária, num momento em que as instituições de crédito colocavam em risco as finanças públicas, garantindo ainda a partilha do risco de colapso por todos os Estados-Membros. Por ser um projeto ambicioso, revelou-se um processo titubeante, refletindo os impasses políticos que desde cedo o marcaram.²⁰

O primeiro pilar desta nova construção foi o Mecanismo Único de Supervisão (MUS), operacional desde 4 de Novembro de 2014, transferindo a supervisão macroprudencial para a égide

¹⁹ Os líderes do G20, na cimeira de 18-19 de Junho de 2012, apoiaram a construção deste projeto. O Relatório de Van Rompuy “*Towards a Genuine Monetary and Economic Union*”, apresentado no Conselho Europeu de 28-29 de Junho, constitui o dealbar do projeto de União Bancária.

²⁰ Uma análise pormenorizada das resistências e dos avanços e recuos da União Bancária pode ser encontrada em HOWARTH, David and QUAGLIA, Lucia. Banking Union as a Holy Grail: Rebuilding the Single Market in Financial Services, Stabilizing Europe’s Banks and “Completing” Economic and Monetary Union. *The Journal of Common Market Studies*, 2013, vol. 51, s1, p. 103-123.

do BCE. Este mecanismo é composto pelo BCE e pelas autoridades nacionais dos dezanove Estados que compõem a Zona-Euro. A introdução do Mecanismo Único de Supervisão veio quebrar a tradicional supervisão doméstica, rompendo um velho paradigma da supervisão europeia. O BCE ficou responsável pela supervisão direta das instituições de crédito de importância sistémica, isto é, daquelas que tenham ativos superiores a 30 mil milhões de euros ou que representem, em termos consolidados, mais de 20% do PIB de um Estado-membro, salvo se o valor total dos ativos for inferior a 5 mil milhões de euros²¹. Rigorosamente, o BCE fica responsável por cerca de 120 instituições de crédito, representativas de 85% dos ativos bancários totais da Zona-Euro. No que concerne às restantes instituições, a sua supervisão continuará a ser conduzida pelas autoridades nacionais, podendo, em determinadas situações, ser avocada pelo BCE. Compete ainda ao BCE conceder ou revogar autorizações para o exercício da atividade bancária, pedir diretamente informações, avaliar a idoneidade dos membros dos órgãos de governo e realizar inspeções às instituições de crédito. Este modelo de supervisão, baseado na dimensão, acabou por ser menos ambicioso do que o previsto no projeto inicial de União Bancária. Com efeito, nada impede que um banco pequeno não tenha efeito-contágio ou que os bancos de maior dimensão limitem a sua atividade transfronteiriça.

Tem sido discutido o problema da incompatibilidade entre a função de política monetária tradicional do BCE e as novas funções de guardião da estabilidade financeira²². Assim, no termos do Regulamento²³, parece que o objetivo do BCE é a estabilidade financeira. Contudo, o número 6 do artigo 127º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁴, que constitui a matriz jurídica do Mecanismo Único, elege como

²¹ Regulamento (UE) N°468/2014 do Banco Central Europeu de 16 de Abril de 2014.

²² DAMMANN, Jens. The Banking Union: flawed by design. *Georgetown Journal of International Law*, 2014, vol.45, n°1, p.1057-1091.

²³ Regulamento (UE) N°1024/2013 do Conselho de 15 de Outubro de 2013, conferindo ao BCE atribuições específicas no que respeita à supervisão prudencial.

²⁴ Doravante, utilizaremos a sigla TFUE.

função-rainha a política monetária. Sendo o Regulamento direito derivado, parece que se deve dar primazia à função de política monetária prevista no TFUE (direito originário). A questão é um pouco mais complexa, mas não seguimos a tese de que haja qualquer violação ao TFUE²⁵.

Criticada e controversa tem sido a questão do MUS em apenas incluir os Estados da Zona-Euro, a menos que os Estados que a esta não pertençam escolham cooperar voluntariamente, o que coloca problemas quanto à eficácia da supervisão²⁶, num mercado bancário altamente interligado.

No novo arquétipo institucional, o Mecanismo Único de Resolução²⁷, em marcha desde Janeiro de 2016, constitui o segundo pilar, tendo como desiderato assegurar um tratamento legislativo comum para as situações de resolução (*resolution*) e recuperação (*recovery*) bancárias, aplicando as regras da Diretiva BRRD (Bank Recovery and Resolution Directive)²⁸. Apesar das regras prudenciais estabelecidas em Basileia III e do pilar anterior, a verdade é que se chegou à conclusão de que tal não era suficiente para evitar o colapso de instituições financeiras e potenciais crises sistémicas. O MUR é composto pelo Conselho Único de Resolução (SRB), com personalidade jurídica e composto por um Presidente e quatro membros, e por um mecanismo próprio para o financiamento das medidas de resolução, o Fundo Único de Resolução (SRF), estabelecido por acordo intergovernamental e capitalizado através da mutualização progressiva de fundos nacionais durante um período de transição

²⁵ Não nos parece haver qualquer violação do Tratado, na medida em que o próprio artigo 127º TFUE permite que seja atribuída ao BCE competências em matérias de supervisão e os Estados-Membros nunca propuseram qualquer exceção, antecipando que as duas competências poderiam coexistir. Apesar de parecer mais razoável que fosse atribuída à EBA a função de garantir a estabilidade financeira, evitando potenciais conflitos, a verdade é que a jurisprudência *Moroni* do TJCE não permite que às instituições que não estejam mencionadas nos Tratados sejam atribuídas competências que envolvam a tomada de decisões de natureza económica.

²⁶ A Suécia e a República Checa já manifestaram a intenção de não aderir ao MUS. O Reino Unido, ainda antes do Brexit, tomou idêntica posição.

²⁷ Doravante, utilizaremos o acrónimo MUR.

²⁸ Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014.

de oito anos²⁹. Os bancos terão de ter os seus próprios planos de recuperação e estas novas autoridades terão de elaborar planos de resolução (*living wills*) para casos de colapso ou do banco não conseguir lidar com a volatilidade do mercado. O objetivo previsto para 2024 seria atingir os 55 mil milhões de euros, o que significaria que estariam cobertos o total de 1% dos depósitos de todas as instituições de crédito em todos os Estados da União Bancária. O MUR visou romper com o paradigma do *bailout* que caracterizou a crise financeira, imputando as perdas aos acionistas e credores subordinados e aos clientes com depósitos acima dos 100 mil euros (*bail in*). Só após esta ordem é que o Estado pode ser chamado a intervir numa instituição. Os pequenos depositantes (abaixo de 100 mil euros) ficam assim protegidos. Os Estados-Membros acordaram ainda o estabelecimento de um Mecanismo de Segurança Orçamental Comum até 2023, tendo em vista prevenir a incapacidade do fundo de resolução em acorrer a uma situação inesperada de resolução bancária. Em caso de necessidade, tais fundos serão utilizados, sendo depois reembolsados pelas instituições financeiras para o Fundo Único de Resolução.

Tem sido muito discutido o fundamento jurídico do MUR. A doutrina europeia tem defendido uma revisão dos Tratados para clarificar a consagração legal do mecanismo.³⁰ O projetado terceiro pilar, o Mecanismo Único de Garantia de Depósitos, permanece ainda a um nível nacional, pese embora a harmonização legislativa que já tem sido feita nesta matéria³¹. É

²⁹Durante este período de transição, as resoluções acabam por ter carácter nacional, com o Estado a ser o *backstop* em caso de insolvência de um banco, pese embora a participação (pequena) que o FUR possa vir a ter.

³⁰ O Regulamento (UE) 806/2014 afirma que a base legal é ao artigo 114º TFUE. Todavia, a norma parece não conferir explicitamente poderes à União nesse sentido. Defendendo a solução de que o MUR carece de fundamento jurídico suficiente, *vide* CUNHA RODRIGUES, Nuno. A União Bancária resolve? *Análise Europeia*, 2016, vol.1, n.º1, p.135-147.

³¹ A Diretiva 94/19/CE estabelecia já um nível mínimo de proteção dos depósitos em 20000 euros por depositante, com um prazo de reembolso fixado nos três meses, podendo ser prorrogado para nove meses em circunstâncias excecionais. Esta Diretiva foi alterada pela Diretiva n.º 2009/14/CE, que aumentou o nível de cobertura para 50000 euros e, num prazo mais alargado, para 100000 euros, diminuindo os prazos de reembolso.

um aspeto de especial importância, já que visa complementar os pilares anteriores, garantindo que a segurança nos depósitos não varie consoante o Estado em que um banco se localize. Trata-se de um aspeto significativo que ainda não alcançou o grau de integração almejado, o que pode comprometer a quebra de ligação entre o risco de dívida soberana e o risco bancário, fim principal da construção da União Bancária.

3.A EXPERIÊNCIA AMERICANA: O QUE SE SEGUE?

É no contexto do *crash* bolsista de 1929 e da Grande Depressão que o modelo regulatório americano começa a ganhar forma. Partindo da ideia generalizada de que o colapso do sistema financeiro se deveu à excessiva participação dos bancos em atividades de investimento, o Congresso começou a preparar uma reforma substancial do sistema financeiro, na sequência do diagnóstico efetuado por Ferdinand Pecora³², que veio a lume entre 1932 e 1935, da qual se deve destacar o *Banking Act of 1933*, o *Securities Act of 1933* e o *Securities and Exchange Act of 1934*. Todos estes diplomas acabaram por restringir a atividade bancária, introduzindo alguma rigidez na atuação dos bancos. Primeira lei da administração Roosevelt³³, o *Banking Act* destinava-se a restaurar a confiança no sistema financeiro e garantir um maior controlo do uso dos ativos bancários, num momento em que o

Em 2014, a Diretiva 2014/49/EU, numa perspetiva de harmonização, alargou o âmbito de cobertura, diminui os prazos de reembolso, e estabeleceu regras transitórias para Estados-Membros que tinham montantes mais elevados.

³² Logo após o crash, o Senado autorizou que fosse feita uma investigação à atividade bancária e ao mercado de capitais, através da criação de uma comissão (Senate Committee on Banking and Currency), que ficou conhecida como a Comissão Pecora. Da sua atividade resultou a identificação de fraudes, abusos e conflitos de interesses motivados pela ligação entre a banca comercial e a banca de investimento, assim como prémios excessivos e riscos desmesurados na utilização dos depósitos.

³³ A título de curiosidade, refira-se que o Presidente Roosevelt decretou o encerramento de todas as transações bancárias no dia 6 de Março de 1933. Esta situação ficou conhecida como “Bank Holiday of 1933”. A medida durou oito dias, durante os quais os americanos ficaram impossibilitados de efetuar depósitos, retirar ou transferir dinheiro.

sistema financeiro americano vivia o colapso dos pequenos e médios bancos e uma crise de confiança.³⁴

As secções 16,20,21 e 32 do diploma ficaram conhecidas como *Glass-Steagall Act*³⁵. Assim, o *Glass-Steagall Act* veio promover a separação entre a banca comercial e a banca de investimento³⁶, criando um sistema financeiro segmentado. Esta medida destinava-se a garantir que os bancos comerciais limitassem ao máximo o risco da sua atividade, canalizando os depósitos para atividades produtivas, como o comércio ou a agricultura. Este divórcio proibia os bancos comerciais de participarem ou subscreverem títulos ou terem ligações com a banca de investimento, desde logo através de gestão ou propriedade comum (secção 20). Os bancos tinham um ano para decidir em que ramos se queriam especializar, sendo que apenas 10% do lucro da banca comercial poderiam provir de atividades de investimento. Para fazer face ao problema dos depósitos, o *Banking Act* criou a *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC), uma agência federal que fornecia seguros para depósitos bancários, evitando uma corrida aos depósitos em caso de insolvência iminente de um banco. O modelo de regulação era, nesta altura, altamente segmentado para a banca comercial: composto pelo FED, criado em 1913, pelo FDIC e pelo Departamento do Tesouro através do OCC (*Office of the Comptroller of the Currency*), assim como pelos 50 reguladores estaduais e ainda por outras entidades³⁷.

Em vigor durante setenta anos, e coevo do apogeu económico americano, o *Glass-Steagall Act* acabou por esmorecer em virtude das mudanças económicas, legislativas e jurisprudenciais. A inovação a que se assistiu nos mercados financeiros nas décadas posteriores, com o fenómeno da

³⁴ CRAWFORD, Corinne. The Repeal of the Glass-Steagall Act and the Current Financial Crisis. *Journal of Business & Economics Research*, January 2011, vol.9, nº1, p. 127-134.

³⁵ A lei deve o seu nome aos dois congressistas que a elaboraram: o Senador Carter-Glass e o Representante Henry Steagall.

³⁶ Prevista na secção 16 (Section 16) do *Glass-Steagall Act*.

³⁷ A SEC (Securities Exchange Commission) para os bancos de investimento e mercado de capitais e a CFTC (Commodity Futures Trading Commission) para os derivados.

titularização de créditos, a expansão da atividade bancária, a atitude permissiva que se foi verificando na lei e na jurisprudência³⁸, minaram a eficácia do diploma, de tal forma que a prática tornava obsoletas as suas disposições. Ferido de morte pela prática, o *Glass-Steagall Act* foi parcialmente revogado, em Novembro de 1999, pelo *Financial Modernization Act*, popularmente conhecido como *Gramm-Leach-Bliley Act* (GLBA)³⁹. Este novo diploma visou aumentar a eficiência do sistema financeiro e adaptar a lei à realidade que ia emergindo, com a expansão do mercado bancário e o aparecimento dos conglomerados financeiros. Esta nova lei revogou parcialmente o *Glass-Steagall Act* (apenas deixando intocadas as secções 16 e 21), assim como o *Bank Holding Company Act*.

A crise de 2007, tal como a anterior, obrigou a uma redefinição do esquema regulatório. Apesar da polémica em torno da questão de saber se o GLBA foi o responsável pela crise ou se o *Glass-Steagall Act* a teria evitado ou agravado, a verdade é que a administração Obama levou a cabo uma revolução regulatória no espaço americano com a introdução do *Dodd-Frank Act*⁴⁰. Com desígnios idênticos à *Glass-Steagall*, esta volumosa lei⁴¹ procura atacar os principais problemas evidenciados pela crise, de onde destacamos o combate ao risco sistémico, através da criação do FSOC (*Financial Stability Oversight Council*), cuja função é identificar riscos para o sistema financeiro através da recolha de informação de instituições de importância sistémica, sendo auxiliado nesta tarefa pelo OFR (*Office of Financial Research*). Para tal, a nova lei

³⁸ O *Bank Holding Company Act* (1956) veio consagrar uma abertura à banca comercial, permitindo que uma *holding* bancária possa deter uma empresa cuja atividade tenha uma ligação próxima (*closely related*) à atividade bancária. É uma ligeira abertura à proibição anterior, que a jurisprudência acompanhou em várias decisões (*Investment Company Institute v. Camp*), motivando interpretações mais permissivas por parte do FED e da OCC quanto à interpretação da secção 16 do *Glass-Steagall Act*.

³⁹ As votações sobre a revogação da lei refletem o sentimento acerca da sua adequação. Assim, o *Glass-Steagall Act* foi claramente vencido no Senado (com noventa votos a favor e oito contra) e na Câmara dos Representantes (com 362 votos a favor e 57 contra).

⁴⁰ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*.

⁴¹ Trata-se de um vasto documento com 849 páginas e 16 títulos.

quer evitar a fragmentação supervisória, reunindo em torno do FSOOC as várias autoridades federais de supervisão. O FRB (*Federal Reserve Board*) é o supervisor das instituições de importância sistémica (ativos superiores a 50 mil milhões de euros). Estas entidades serão agora sujeitas a testes de stress periódicos e obrigadas a terem os seus *living wills*. O supervisor tem, com a nova lei, poderes para restringir o tamanho das instituições mais significativas, caso tal represente um perigo grave para a estabilidade financeira⁴².

Com o fito de extinguir o auxílio governamental em caso de colapso e proteger os contribuintes, os bancos estão proibidos de utilizarem depósitos para realizarem atividades de negociação por conta própria (*Proprietary Trading*), bem como em fundos de cobertura de risco ou fundos de capital de risco (*hedge funds* e *private equity funds*). Este manancial dispositivo, conhecido como *Volcker's Rule*, aplica-se aos bancos comerciais e a todas as holdings bancárias. Há, com efeito, uma aproximação, ainda que mais ténue, ao espírito do *Glass-Steagall Act* nestas disposições. Apresenta ainda um novo regime de resolução (*Orderly Liquidation Authority-OLA*), a funcionar junto do FDIC. Também no mercado de derivados teve a lei refrações, aumentando a supervisão por parte da *Commodity Futures Trading Commission*, impondo níveis mínimos de capital e reforçando as exigências de transparência, permitindo aos supervisores do mercado de derivados pedirem informações sobre *swaps*, com vista a determinarem o seu grau de perigosidade⁴³.

No momento em que escrevemos, auguram-se algumas mudanças na regulação financeira americana, com o recém-eleito Donald Trump a prometer desmantelar o modelo em vigor⁴⁴. É

⁴² GREENE, Edward F. Dodd-Frank and the future of financial regulation. *Harvard Business Law Review Online*, April 2011, p.79-90.

⁴³ Demonstrando a grande similitude de abordagem entre o modelo europeu e americano em matéria de derivados, cfr. TEIXEIRA, Maria Emília. Legislação concertada entre os EUA e a UE: O Regulamento EMIR e a Dodd-Frank Act. *Cadernos de Direito Actual*, 2015, n.º 3, p.237-252.

⁴⁴ FLITTER, Emily and HOLLAND, Steve (2016, May, 18). *Trump preparing plan to dismantle Obama's Wall Street reform law*. Reuters. Disponível em <http://www.reuters.com/article/us-usa-election-trump-banks-idUSKCN0Y900J>.

conhecida a resistência republicana a modelos mais rígidos de regulação. Não se sabe, contudo, quais os concretos passos que serão dados. A História, todavia, é fértil em exemplos acerca de como a regulação (ou a falta dela) é tremendamente capaz de afetar o tecido económico e social. Que tais lições não sejam esquecidas.

4. CONCLUSÕES

Ao espoletar um efeito transnacional, a crise financeira internacional revelou a sua singularidade, despertando a necessidade de uma supervisão consentânea com a geografia global da atividade financeira e capaz de responder a novos desafios de maior convergência e coordenação das respostas. O espaço europeu e o espaço americano, apesar das suas vincadas diferenças, procuraram combater a crise atual e prevenir potenciais crises aumentando a cooperação entre as diversas autoridades, diminuindo a fragmentação supervisória e redesenhando a sua arquitetura de supervisão.

As diferentes respostas ilustram a necessidade de avançar para meios mais eficazes que demonstrem a capacidade de evitar os erros do passado, desde logo a mudança de uma perspetiva de “*too big to fail*” para a implementação de um paradigma “*too big to save*”, particularmente nos países mais pequenos e onde as finanças públicas, já de si depauperadas, são incapazes de socorrer instituições de grande dimensão e de importância sistémica. Não excluimos, também por razões idênticas, a necessidade de se repensar o modelo de separação entre a banca comercial e a banca de investimento, limitando o espaço de atuação dos bancos para atividades mais próximas da sua finalidade primordial e tradicional. Importante ainda será um alargamento da supervisão para matérias que se revelaram determinantes na última crise, desde logo o comportamento das agências de notação financeira, a gestão de fundos de investimentos ou os produtos derivados. Trata-se de encarar a supervisão e a regulação como instrumentos de defesa de bens jurídicos, que condicionam grandemente os sistemas económicos e o bem-estar, cuja ineficácia tem consequências desastrosas para as economias e os cidadãos.

A resposta para o problema terá necessariamente de ser preventiva. As crises, apontadas como “cisnes negros”, por serem eventos inauditos mas produzirem efeitos catastróficos, são “janelas de oportunidade” que deixam lições. No nosso caso, a lição maior passa pelo aprofundamento das soluções integradoras no espaço europeu, consentâneas com a realidade global que emerge nos mercados, e por uma resposta coordenada entre as diversas autoridades nacionais. Não parece ser de excluir, pelo menos num futuro não muito distante, que a solução europeia caminhe no sentido da centralização. Os passos evidenciados nos diferentes estágios parecem tender para uma integração funcional e um modelo de supervisão centralizado, desde sempre almejado mas ainda não concretizado. É indiscutível que a arquitetura supervisiória não esgota os problemas evidenciados pela crise. Todavia, é igualmente inegável que uma arquitetura sólida e coordenada mitiga os efeitos da crise ou, de preferência, previne situações de desequilíbrio financeiro.

As soluções de maior integração institucional e de federalização supervisiória que ganham consistência no espaço europeu, apesar de aperfeiçoamentos de que carecerem e que foram apontados, revelam-se um caminho original e eficaz para responder aos desafios que se avizinham. Maior integração, maior aprofundamento institucional e maior coordenação são as chaves do sucesso para garantir a estabilidade dos mercados financeiros, a proteção dos consumidores e um sistema financeiro capaz de servir e estimular a atividade económica.

5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANCO DE PORTUGAL, *Livro Branco sobre a regulação e supervisão do setor financeiro*, Lisboa, 2016.
- CRAWFORD, Corinne, *The Repeal of the Glass-Steagall Act and the Current Financial Crisis*, in *Journal of Business&Economics Research*, Vol.9, N.º 1, January 2011;
- CUNHA RODRIGUES, Nuno, *A União Bancária resolve?*, in *Análise Europeia*, Vol.1,Nº1,2016;
- DAMMANN, Jens, *The Banking Union: flawed by design*, in *Georgetown Journal of International Law*, Vol.45, N.º 1, 2014;

- EUROPEAN COUNCIL, Towards a Genuine Economic and Monetary Union, 5 December 2012;
- GREENE, Edward F. Dodd-Frank and the future of financial regulation, in *Harvard Business Law Review Online*, April 2011;
- HOWARTH, David ; QUAGLIA, Lucia , *Banking Union as a Holy Grail: Rebuilding the Single Market in Financial Services, Stabilizing Europe's Banks and "Completing" Economic and Monetary Union*, in *The Journal of Common Market Studies*, Vol.51, N.º1, 2013;
- SCHOENMAKER, Dirk, *The new banking Union landscape in Europe*, in *The Journal of Financial Perspectives*, Vol.3, N.º2, July 2015;
- TEIXEIRA, Maria Emília, *Legislação concertada entre os EUA e a UE: O Regulamento EMIR e a Dodd-Frank Act*, in *Cadernos de Direito Actual*, n.º3, 2015;
- VERÓN, Nicholas, *Europe's radical Banking Union*, Bruegel: Bruegel essay and lectures series, 2015;

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade internacional contemporânea

LADEMIR JOSÉ CREMONINI¹
ODETE MARIA DE OLIVEIRA²
Universidade Federal da Bahia (Brasil)

INTRODUÇÃO

O tema da governança global é muito aparente nos dias atuais devido aos movimentos negativos que a sociedade internacional vem experimentando – guerras, fome, terrorismo, refugiados, crises econômicas recorrentes, etc.

¹ Mestrando em Direito na Unochapecó e especialista em Direito Tributário pela mesma universidade, bolsista da CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores estatais e não estatais. Professor de Direito Tributário, Direito Comercial e Legislação Social e Trabalhista. É auditor de tributos no município de Chapecó, Santa Catarina.

² Possui pós-doutorado em Estudos Comunitários Europeus pela Universidad Complutense de Madrid (1998); doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1991); mestrado em Direito pela mesma universidade (1984); especialização em Psicologia Transpessoal pela Associação Luso-Brasileira de Transpessoal (2004). É líder do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores estatais e não estatais. Ex-professora titular da Universidade Federal de Santa Catarina (1991-2012). Professora voluntária do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, instituição em que finaliza a orientação de uma tese (2012-2014). Atualmente, é professora titular da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Membro do Núcleo de Pesquisa *Stricto Sensu* em Direito da Unochapecó. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente com os temas Relações Internacionais, atores governamentais e não governamentais, gênero e velhos e novos regionalismos.

A governança, tratada neste artigo, leva em conta a distinção entre “governo” e “governança” trazida por Rosenau (2000), bem como de “governação” e “governança” elencadas por Curado (2005). Assim, o trabalho, após tratar dos aspectos terminológicos, focar-se-á na governança, que é a aceitação e validação de ações comuns, que revertam para o atendimento do bem comum dos participantes de um determinado grupo.

A partir dessas premissas, a pesquisa visa apontar fatores que dificultam a boa governança global na sociedade internacional contemporânea.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo. A partir da análise bibliográfica das principais obras nacionais e internacionais, buscar-se-á ao final obter a confirmação, ou não, das hipóteses aventadas.

O texto está organizado de forma ordenada: o início do artigo trata da governança e seus arranjos; em seguida, estudam-se a sociedade internacional contemporânea e seus atores; o que permite estudar, na sequência, a globalização e sua influência para a evolução das empresas transnacionais; o fechamento ocorre com o apontamento de fatores que dificultam a boa governança na sociedade internacional contemporânea.

1 Governança global

A governança internacional passa por um momento conturbado, e é assunto tratado com cuidado merecido mediante sua complexidade e importância para uma sociedade em busca de melhores práticas sociais, que permitam a conquista de um mundo virtuoso e de paz.

Primeiramente, para tratarmos da governança global, é necessária a distinção terminológica de alguns termos utilizados na literatura.

1.1 Governo, governação e governança

Inicialmente, tratar-se-á da distinção entre “governo” e “governança”, que, aparentemente, podem ser confundidos como sinônimos; no entanto, sua individualização torna-se essencial para o entendimento dos novos meandros da sociedade contemporânea. No atual cenário internacional, com a

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

reformulação do papel do Estado ante a ascensão de inúmeros atores conexos e alguns antagônicos ao Estado, a governança passou a ser exercida também por esses novos atores da sociedade contemporânea.

Rosenau (2000, p. 15) explica que “governança não é o mesmo que governo”. Assim, ao definir “governo”, refere-se a “atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas”. O governo tem seu poder na sua formalidade; assim, governa mesmo sem ter a aceitação da maioria, visto que, quando formalizado, recebeu o poder de fazer e não fazer.

Na mesma linha de raciocínio, Rosenau (2000, p. 15), assevera que “governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências”.

A governança, portanto, necessita da aceitação e validação de ações comuns, e que revertam para o atendimento do bem comum dos participantes de um determinado grupo. Ela aparece principalmente pela percepção dos signatários de ações que representem um bem comum, algo natural que, ao final, é aceito e principalmente apoiado, e em seguida novamente invocado. Importante dizer que, normalmente, a governança é realizada sem se recorrer à aplicação do poder de polícia.

Assim, é possível ter organizações oficiosas que possuem governança efetiva e eficaz, bem como governos oficiais, mas que não possuem governança alguma. E o contrário também é verdadeiro: nos governos oficiais pode ocorrer governança tanto quanto em organizações oficiosas podem existir ações de governo. É nesse prisma que se fala em governança com governo e governança sem governo.

Já Curado (2005, p. 2), em estudo sobre as estruturas de governação, traz o assunto diferenciando os termos em “governação” e “governança”: o primeiro é aquele conhecido de séculos e caracterizado por ser mais secreto e levado a cabo por estadistas, assim, mais vinculado ao Estado, mas não exclusivo deste; já a governança traz aspectos de maior transparência e envolvimento da sociedade para a articulação de interesses,

administração dos recursos e exercício do poder.

Mesmo utilizando termos diferentes, os autores possuem entendimento semelhante. Onde Rosenau (2000) utiliza “governo”, Curado (2005) identifica “governança”; já o termo “governança” é utilizado por ambos. Assim, “governo” e “governança” são considerados sinônimos, contrapondo-se a “governança”, que surge com a ascensão dos novos atores da sociedade internacional contemporânea, o que fez com que os atores tradicionais – os Estados – perdessem a hegemonia, porque a rede de relações criadas pela globalização faz a governança passar a ser exercida também pelos novos atores da sociedade internacional contemporânea, de forma diferente, complexa e mutável. Assuntos antes restritos e que somente eram impulsionados pelos Estados agora fluem na teia da rede global.

1.2 Arranjos de governança

Os arranjos de governança, inicialmente, foram estudados e avaliados em outras searas de conhecimentos, como administração, finanças, tecnologia da informação; já na contemporaneidade, esse tema ganha espaço na política e nas Relações Internacionais. Eles são arquétipos que muitas vezes surgem sem critérios bem definidos, mas que, após a percepção de sua existência, podem ser analisados quanto à sua funcionalidade e eficácia, inclusive possibilitando sua replicação por serem padrões testados.

No campo das Relações Internacionais, um dos primeiros a estudar e identificar esses arranjos de governança global no âmbito de organismos institucionais foi Mathias Koenig-Archibugi (2002), que, a partir da análise de três elementos essenciais – a publicidade, a delegação e a inclusividade –, catalogou oito modelos de governança: 1) global; 2) intergovernamentalismo global; 3) supranacionalismo global; 4) hegemonia direta; 5) hegemonia indireta; 6) transnacionalismo global direto; 7) transnacionalismo global delegado; 8) monopólio direto, monopólio indireto.

A importância do tema também interessou a Koppell (2010), que passou a abordar o assunto. Ele observou uma ampla gama de organizações de governança global: International

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

Accounting Standards Board (IASB), Organização Internacional de Normalização (ISO), World Wide Web Consortium (W3C), Organização Mundial do Comércio (OMC), entre outras; e apontou a relação entre aspectos-chave da estrutura das Organizações de Governança Global (GGOs), analisando um conjunto de variáveis independentes: “setor de atuação”, forma de financiamento, especialidade, adesão e tipo de regra. Koppell trabalha aspectos mais íntimos das GGOs e desenvolve, ao final de seus estudos, três modelos de governança global: o clássico, o cartel e o simbiótico (KOPPELL, 2010)³.

Para Koenig-Archibugi (2002, p. 50), o fracasso do Estado, devido a interdependência, deficiências de recursos e até mesmo falta de vontade para fornecer determinados bens sociais, gera uma demanda que naturalmente é atendida com a criação de estruturas alternativas. Por isso, dois temas ocupam parte da literatura das Relações Internacionais: o primeiro visa pesquisar os motivos do surgimento de novos arranjos de governança; o segundo busca responder por que alguns arranjos são mais eficazes do que outros na resolução de problemas.

Olsson (2007, p. 424), abordando o modelo de análise de Mathias Koenig-Archibugi, diz que a visão ampla do fenômeno da governança global necessita de um entendimento das três dimensões em específico: a “publicidade”, a “delegação” e a “inclusividade”.

A primeira dimensão que Koenig-Archibugi (2002, p. 50) busca diferenciar é a natureza dos participantes ativos (que possuem governança) em governos ou atores privados, como empresas e ONGs, inclusive chamando a atenção para a diferenciação existente dentro dos agentes públicos (executivo e

³ Para mais esclarecimentos sobre esses modelos de governança global, ver: KOPPELL, Jonathan G. S. *Structure of Global Governance: Explaining the Organizational Design of Global Rulemaking Institutions. Preliminary Draft.* Yale School of Management. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UzwKXyKjfhWJ:ww.world-governance.org/IMG/pdf_Structure_of_GG_Explaining_the_Organizational_Design_03_1_Architecture_.pdf+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 5 ago. 2016.

órgão públicos) – o primeiro tradicionalmente mantém o monopólio sobre as relações externas. Quanto aos agentes privados, a diferença principal encontra-se na concepção de cada um: as ONGs promovem o interesse geral, diferentemente das empresas com fins lucrativos.

Um segundo ponto importante a ser observado na análise da publicidade é o nível de heterogeneidade do ator. Assim, é possível identificar três variações de arranjos de governança, homogêneos ou híbridos, reunindo atores públicos e privados. Os arranjos podem, então, ser centrados no Estado sem acesso para os atores privados, centrados no Estado com acesso de agente privado – por exemplo, um papel consultivo para as ONGs e as empresas –, parcerias público-privadas, de governança privada com supervisão pública e regimes puramente privados sem supervisão pública (*ibidem*, p. 52).

A segunda dimensão é a “delegação”, dividindo-se em legislativa, executiva e judicial, que tanto os arranjos públicos como os privados podem gerar. Do mesmo modo, deve-se observar qual a independência das delegações existentes, elas podem variar em níveis maiores ou menores de delegação (*ibidem*, p. 52).

Koenig-Archibugi (2002, p. 51) utiliza análises reais para demonstrar as formas de delegações possíveis. No que tange à delegação legislativa, quando um organismo cria regras sem a necessidade de participação de todos os Estados-Membros, como o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou o Conselho de Administração do FMI, significa que existe um maior nível de delegação de tomada de decisão. Assim, quando as decisões são por maioria, os níveis de delegação são maiores; quando tomados por unanimidade, esses níveis de delegação são menores. Quando a execução de políticas é deixada para as administrações nacionais, a delegação é menor do que quando essa tarefa é realizada por agências independentes, como o Programa Mundial de Alimentos das Nações Unidas. Na resolução de litígios, a delegação é muito elevada quando os tribunais independentes são capazes de tomar decisões vinculativas para as partes, como previsto, por exemplo, no Tratado de 1998, de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional.

A terceira dimensão é a “inclusão”, que se refere à participação nas decisões do ator. Nessa dimensão, Koenig-Archibugi (2002, p. 52) diz que, em alguns espaços, o poder de decisão pode ser compartilhado por todos ou a maioria dos membros afetados pelas políticas e normas resultantes, enquanto em outros, pode ser concentrada em poucas mãos. Mais uma vez, essa dimensão tem dois aspectos. O primeiro é o acesso: qual percentagem dos membros participa ativamente nas decisões? O segundo aspecto é o peso: como a influência é distribuída entre os participantes? Para responder essas questões, o autor cita os exemplos da Assembleia Geral da ONU: nela, quase todos os Estados do mundo estão representados e têm o direito de participar na elaboração e votação de resoluções, com peso igual de voto. Já no Banco Mundial, a maioria dos países do mundo são membros e participam das decisões, mas o sistema de votação ponderada dá mais poder para os maiores contribuintes financeiros, ou seja, os países desenvolvidos.

Assim, ao analisar a governança exercida por algum ator específico, deve-se levar em consideração, no campo da publicidade, se esse ator é efetivo na sua governança; ora, para essa análise, considera-se ainda a classificação desse ator – pode ser público, privado ou misto –, e como esse ator interage com seus pares, ou se não sofre interferências externas – pode ser o Estado sem participação de atores privados ou com a participação destes e atores privados sem a participação de atores públicos ou com a participação destes (OLSSON, 2007, p. 424)⁴.

Já no campo da delegação, Olsson (2007, p. 424) chama a atenção para a forma de delegação que o ator da governança

⁴ A dimensão da “publicidade” diz respeito à “natureza dos participantes ativos no arranjo de governança”, entendendo-se o seu caráter de ativo quando ele é preponderantemente um “promotor de governança” (“*governance-giver*”). A dimensão da “delegação” diz respeito à circunstância de que “em ambos os arranjos de governança públicos e privados um número de funções pode ser exercido por organizações criadas *ad hoc*”, ou mesmo sem qualquer organização específica. A dimensão da “inclusividade” considera que, em algumas áreas, “o poder decisional pode ser compartilhado por todos ou a maioria dos atores afetados pelas políticas e regras resultantes”, e em outras áreas isso não é permitido (OLSSON, 2007, p. 424-425).

possui: legislativa, executiva ou judicial. E, mais importante, a independência do ator quanto às suas funções delegadas: alta ou baixa, dependendo dos casos concretos.

Na última dimensão, a da inclusividade, o que é essencial é a democracia existente dentro do ator, tanto na efetiva participação como na quantidade de atores envolvidos. E mais, a forma de divisão do poder interno: se a participação possui o mesmo valor para todos os participantes ou não, classificando-se em “unilateral”, “minilateral” e “multilateral”.

Mathias Koenig-Archibugi (apud OLSSON, 2007, p. 425-8) catalogou oito “tipos ideais de arranjos de governança”, os quais levam em conta as dimensões da publicidade, delegação e inclusividade, nos graus “alta” ou “baixa”: Intergovernamentalismo Global, Supranacionalismo Global, Hegemonia Direta, Hegemonia Indireta, Transnacionalismo Global Direto, Transnacionalismo Global Delegado, Monopólio Direto e Monopólio Indireto.

Os inúmeros arranjos de governança apontados aqui demonstram as dificuldades de se ter uma boa governança internacional. A grande diversidade de novos atores atuando em um mesmo espaço e tratando, muitas vezes, dos mesmos assuntos porém com interesses distintos conduz a uma anarquia mundial, já que não existe um organismo supranacional global que determine as normas supranacionais globais, e o Direito Internacional já não alcança, por exemplo, a regulação da ação das empresas transnacionais na sociedade internacional contemporânea.

2 Sociedade internacional contemporânea

A sociedade internacional contemporânea é resultado de uma confluência histórica um tanto quanto singular, com diversos elementos, influenciada por variáveis importantes, em que interagem múltiplos atores mediante mecanismos de grande complexidade (OLSSON, 2007, p. 167). Olsson (2003, p. 82) explica, ainda, que tal configuração de sociedade, como complexo implícito das próprias relações internacionais, desdobra-se na conjugação de dois componentes essenciais: “[...] de um lado, um ambiente, meio ou cenário no qual esses relacionamentos ocorrem; de outro, um conjunto de agentes ou atores que

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

constituem os protagonistas dessa sociedade e relacionam-se na esfera internacional.”

Nesse sentido, para estudo particular no presente artigo, abordar-se-ão dois elementos importantes da nova sociedade internacional que influenciam diretamente na governança global: a questão dos atores internacionais e seus diferentes objetivos; e a globalização e sua influência para a evolução das empresas transnacionais.

2.1 Atores internacionais

Para Oliveira (2011), este tema é nebuloso nas Relações Internacionais, bem como no Direito Internacional Público, visto que, durante longo período, a teoria do estatocentrismo dominou os estudos dessa disciplina. No entanto, essa visão não se encontra mais amparada junto à atual realidade globalizante, “configurada por uma multiplicidade de novos atores e atores emergentes” (ibidem, p. 45).

Truyol y Serra (2008, p. 139), referindo-se às novas forças transnacionais e aos novos indivíduos da sociedade internacional, observa que as variáveis dominantes do Estado, nessa sociedade internacional que desconhece o estatocentrismo e sua qualidade de centro de referência de ator privilegiado das Relações Internacionais, já não se sustentam. Anota que grupos sociais também atuam nesse cenário internacional; chamados de *pueblo internacional*, formam o elemento democrático da sociedade internacional.

Calduch Cervera (1991, p. 1), em primeira análise, sintetiza que ator é aquele que atua e desempenha um papel em um contexto social definido previamente. Assim, de acordo com essa concepção genérica, a expressão “ator internacional” assume a dimensão dinâmica da sociedade internacional, em uma realidade internacional, sem deixar de dar atenção à ação que certos grupos sociais produzem nessa sociedade. Deste modo, o conceito de “ator internacional” está teoricamente ligado às noções de “interações” e “relações internacionais”.

Ainda, segundo Oliveira, “no sentido terminológico, a palavra ‘ator’ deriva do latim – *actore* – significando o agente de ato, aquele que atua, interpreta, que desempenha papel

previamente definido” (2004, p. 183). Assim, seguindo essa linha terminológica, um ator internacional

[...] é o agente do ato internacional, aquele que participa das relações internacionais e da dimensão dinâmica da sociedade internacional, cuja realidade é formada por um elenco de agentes sociais que a li atuam e se relacionam, influenciando-se mutuamente e inteirando-se em cooperação ou em conflito. (OLIVEIRA, 2004, p. 183).

Pode-se também dizer, em síntese, que ator internacional é aquele que atua e produz fluxos em âmbito internacional; em determinados cenários, trata-se de agentes – grupos sociais e indivíduos – que interagem de diversas formas e encontram-se associados teoricamente às concepções de “relações”, “influências” e “produção de resultados”.

Mas o assunto não é tão simples quanto parece. Inúmeras discussões buscam definir claramente o conceito de “ator internacional”, ocorrendo de forma evolutiva. Nesse sentido, segundo Oliveira (2011, p. 31-35), são apresentados diversos critérios de definição de “atores internacionais”: a) critério de natureza territorial: ocupação/dominação dos atores de um espaço geográfico, sendo o Estado o mais importante ator; b) critério de natureza funcional: capacidade e eficácia dos atores em funções básicas junto à sociedade internacional – são exemplos os organismos internacionais, organizações não governamentais e as empresas transnacionais; c) critério do grau de importância: divisão dos atores em primários (principais) e secundários (menor protagonismo) – o Estado e algumas organizações internacionais supranacionais como figuras primárias e, quanto aos secundários, os grupos sociais com capacidade de atuação internacional (esse critério já foi muito criticado); d) critério do grau de autonomia: relaciona-se à capacidade de decisão e atuação internacional, sem a interferência ou mediação de outros atores internacionais; e)

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

critério de atores integrados: refere-se ao quadro de atores com fortes vínculos de estabilidade entre seus componentes, juntamente com a supremacia dos interesses coletivos sobre os particulares de cada um dos seus membros; f) critério de atores agregados: possuem fraca estabilidade interna, limitada autonomia, pouca independência de decisão e operacionalidade no âmbito internacional.

Entende-se que a questão conceitual de “ator internacional” está diretamente relacionada ao surgimento e tipo de atuação desses agentes, dificultando uma abordagem mais precisa sobre esses protagonismos. Por outro lado, observa-se que muitos desses atores, no seu estágio inicial de atuação, limitam a compreensão de sua habilidade e capacidade em operar junto à sociedade internacional (OLIVEIRA, 2011, p. 37).

2.1.1 Apresentação tipológica

No estudo da tipologia, observam-se várias classificações. A de Merle (1981, p. 213) possui três grupos principais: o primeiro é o Estado, que se mantém como ator estatocêntrico; o segundo são as organizações internacionais, criadas pelos Estados mas com autonomia própria; o terceiro é formado pelas forças transnacionais, que se mostram cada vez mais visíveis no cenário internacional – as empresas transnacionais, por exemplo.

Oliveira (2014, p. 99) refere a classificação transnacional de Richard W. Mansbach, que distingue os atores entre públicos e privados; estes, por sua vez, divididos em seis tipos de agentes: atores governamentais interestatais ou organizações intergovernamentais, atores não governamentais interestatais, os Estados, atores governamentais não centrais, atores intraestatais não governamentais, indivíduos e pessoas.

Para Oliveira (2014, p. 98-99), os parâmetros necessários para atender à completude e complexidade da nova sociedade internacional devem atender os modelos clássico, transnacional e eclético. O clássico é baseado no estudo de Marcel Merle – Estados, organizações internacionais/ intergovernamentais e forças transnacionais –, que não leva em conta o papel do “indivíduo” tido como ator; para esse autor, a ação internacional só pode ser percebida e registrada através de manifestações

coletivas. O parâmetro transnacional, trabalhado por R. W. Mansbach, parte de uma visão transnacionalista, o Estado e o território perdem importância (ibidem, p.100). Por fim, Oliveira (2014, p. 101) destaca o parâmetro eclético, de sua própria criação, o qual considera a existência dos denominados atores tradicionais, novos atores e atores emergentes, abordando a imensidade dos fluxos (fluidos e voláteis) gerados pela tecnologia da informação instantânea, novos materiais e relações virtuais, que criam um novo mundo digital e virtual, no qual relacionam-se em rede, transcendendo limites e fronteiras e desconhecendo nacionalidades.

Ao classificar os atores, Oliveira (2011, p. 42) define que os tradicionais são os Estados e seus desdobramentos estatocêntricos; já os novos atores são as organizações internacionais, organizações não governamentais e as empresas transnacionais; e, por fim, o terceiro grupo, o dos atores emergentes, é formado pelos movimentos sociais não globais e globais, grupos privados, grupos sociais, indivíduos, opinião pública, partidos políticos, associações religiosas, sindicatos, igrejas, movimentos de libertação nacional, mídia, crime organizado, terrorismo, gênero, redes transnacionais e coalizões transnacionais, poderes erráticos.

Os atores não estatais apresentam-se com perfil totalmente autônomo do controle dos governos centrais, a exemplo dos agentes subnacionais, podendo emanar do âmbito da sociedade civil, como os movimentos sociais; da economia do mercado, o caso das corporações transnacionais; ou ainda de impulsos de cooperação política estatal, criando organizações internacionais, ou além delas e independentemente da direção estatal, como as Organizações Não Governamentais. (OLIVEIRA, 2014, p. 112).

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

Nota-se uma mudança de amplitude na classificação de ator internacional no decorrer dos tempos. Primeiramente, entendidos e reconhecidos somente os Estados; em seguida, abrindo-se o leque para os novos atores não estatais; e, mais contemporaneamente, aos emergentes.

Os critérios utilizados para identificação e reconhecimento de um ator internacional são atuação, desempenho e influência, compreendendo capacidade, habilidade, poder e autonomia.

2.2 A globalização e sua influência para a evolução das empresas transnacionais

Brum e Bedin (2003), em seus estudos sobre a globalização contemporânea, identificaram que a diferença fundamental hodierna é a velocidade que o homem experimenta e com que se move em direção à mundialização. E essa velocidade foi alcançada ou ocasionada pelas transformações científica e informacionais difundidas no globo, ou em grande parte dele. Hoje, as informações são transmitidas instantaneamente a diversos países, os quais possuem tecnologias de informática, conhecimento de idiomas, redes de comunicação, etc. Assim, esses países passam a ser afetados pela nova ordem, principalmente no que se refere aos fluxos econômicos.

Castells, diferenciando “economia mundial” de “economia global”, descreve que esta

É uma economia com capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real, em escala planetária. Embora o modo capitalista de produção seja caracterizado por sua expansão contínua, sempre tentando superar limites temporais e espaciais, foi apenas no final do século XX que a economia mundial conseguiu tomar-se verdadeiramente global com base na nova infra-estrutura, propiciada pelas

tecnologias da informação e da comunicação. (2002, p. 142).

A globalização contemporânea está diretamente ligada a essa nova era da informação, ou telemática. O uso da telecomunicação com a informática impulsionou sobremaneira a globalização – em seus diversos aspectos multidimensionais –, bem como alavancou a ampliação das empresas, transformando-as em transnacionais e, ao final, influenciando a governança global.

A sociedade contemporânea, segundo Olsson (2007, p. 167), “[...] resulta da singular confluência histórica de diversos elementos, sob o influxo de variáveis importantes, em que interagem múltiplos atores mediante mecanismos de grande complexidade.” No mesmo sentido, em outra de suas obras, o autor leciona:

A sociedade internacional como complexo relacional subjacente das próprias relações internacionais em si, desdobra-se na conjugação de dois componentes essenciais: de um lado, um ambiente, meio ou cenário no qual esses relacionamentos ocorrem; de outro, um conjunto de agentes ou atores que constituem os protagonistas dessa sociedade e relacionam-se na esfera internacional. (OLSSON, 2003, p. 82).

Desta forma, outros aspectos podem ser observados. Na lição de Oliveira (2011, p. 11), a realidade atual da sociedade internacional globalizada forma-se de “uma complexa e vasta rede de interações, relações de diversos tipos – redes de redes –, conectadas por interessante multiplicidade de diferentes atores – agentes do ato internacional”. Assim, a sociedade internacional contemporânea tem como um de seus principais elementos uma grande diversidade de atores, que protagonizam ações específicas e com fins específicos. Esses atores, seus interesses e objetivos,

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

emaranhados em um jogo de poder, é que definem os rumos da sociedade.

Quanto à globalização, nos aspectos econômicos, financeiros e tecnológicos, tem-se que ela cria efeito cascata globalizante também em outros âmbitos: cultura, política, legais, de governação, etc.

Na seara contratual internacional, por exemplo, o fenômeno da intensificação das relações comerciais internacionais (e conseqüentemente contratuais), a globalização, a construção de uma nova ordem mundial e a formação de blocos econômicos passaram a demandar uma maior preocupação com as chamadas ‘fontes do Direito’. Eis que surgem iniciativas como aquelas da Câmara de Comércio Internacional (CCI), do Instituto Internacional de Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) na elaboração da Convenção de Viena de 1980 (CISG), [...]. Além disso, promovem a consolidação e uniformização de costumes internacionais como ao consagrarem o princípio da primazia dos usos e costumes, a preponderância do princípio da boa-fé objetiva, do equilíbrio objetivo das prestações contratuais, entre outros. (GLITZ, 2014, p. 27-28).

Assim, observam-se inúmeros aspectos particulares de interações e relações surgidos das novas redes mundiais conectadas cada uma com interesses específicos e com atores ligados a esses interesses. Pode-se citar, por exemplo, o avanço

das empresas transnacionais e dos fluxos financeiros, principalmente dos movimentados nas bolsas de valores, que criaram necessidades de padrões mundiais no que tange ao controle de empresas e novas formas de governança global.

Supiot (2007, p. 128-129) leciona que a homogeneização normativa não é somente no sentido de levar uma norma a nível mundial ou global; ela acaba por prover uma impregnação de normas de outros Estados no novo território, o que o autor chama de “(re)territorialização”.

Segundo Glitz (2014, p. 168), “[...] o processo de globalização, ainda, não impõe a unificação normativa, embora promova em grande parte verdadeiro processo de harmonização, seja legislativa ou não.”. Da mesma forma, observa-se a constante internacionalização do Direito, que, “[...] segundo Fauvarque-Cosson, [...] seria fenômeno relacionado à globalização. Incentivada pelo incremento da mobilidade dos indivíduos, a criação de organizações internacionais e suas atividades.” (GLITZ, 2014, p. 61).

As empresas transnacionais, além de alterarem o cenário econômico do ou dos países hospedeiros, tendem a mudar padrões, inclusive no campo jurídico das normas públicas e privadas, influenciando sobremaneira na governação. O mercado financeiro, por ser volátil, também atua de forma a criar uma exigência, de cima para baixo, ou do centro para a periferia, na governação de ações que possibilitem a captação de moeda externa.

Conforme Glitz (2014, p. 58), a internacionalização de normas é um processo de suplantação das fronteiras físicas e normativas dos vários Estados, com relevância dos aspectos à recepção de fenômenos normativos e à independência de conformação nacional dos institutos jurídicos.

Nesse sentido, o fenômeno de crescimento das empresas transnacionais altera o modo de governação: antes baseado na hegemonia do Estado pelo modelo predominante de governo/governança, agora pressionado e cedendo espaço à governança das empresas transnacionais.

2.2.1 Empresas transnacionais

As empresas, antes do século XVIII, iniciaram um processo comedido de progresso. Muitas descobertas anteriores à Revolução Industrial prepararam o terreno para a criação de várias formas de trabalho e organização que refletiram o crescimento e a expansão das empresas além-fronteiras.

Segundo Castells (2002, p. 230), a transfiguração organizacional das empresas ocorreu autonomamente da transformação tecnológica, para contrapor-se às necessidades de lidar com um cenário operacional em constante mudança. Mas a segunda acelerou sobremaneira a primeira.

Foi a partir da difusão da informática e telecomunicação que as empresas transnacionais tiveram crescimento astronômico. Em primeiro lugar, porque identificaram com mais facilidade os países com características necessárias para sua expansão – mão de obra abundante, recursos naturais igualmente fartos, bem como um possível mercado consumidor ainda não explorado. Em segundo, pelo fato de a tecnologia possibilitar um controle administrativo em tempo real, independentemente de onde a nova filial estiver instalada. “Uma vez iniciada, a praticabilidade ou transformação organizacional foi extraordinariamente intensificada pelas novas tecnologias de informação.” (CASTELLS, 2002, p. 230).

No mesmo sentido, McLuhan (2001, p. 22), utilizando o exemplo da “estrada de ferro”, mostra que as novas formas ou tecnologias – que ele chama de “meios” – levam uma mensagem que é de transformação, de como fazer algo de forma diferente das precedentes. “A estrada de ferro não introduziu movimento, transporte, roda ou caminhos na sociedade humana, mas acelerou e ampliou a escala das funções humanas anteriores.”. Dessa mesma forma, a informática não foi o objeto do início da globalização ou da farta proliferação de empresas transnacionais pelo mundo, mas sim o meio possível, o fio condutor para a velocidade da sua expansão e principalmente pelo seu sucesso.

Castells (2002, p. 230), analisando a evolução das empresas chinesas, observou que estas já estavam ligadas em rede antes mesmo da proliferação da informática, no entanto, eram “redes baseadas em confiança e cooperação”, visto estarem em

um espaço internacional ainda controlado e conhecido. No momento em que suas atividades foram ampliadas para regiões mais distantes e com problemáticas diversas, a relação de confiança foi substituída por controles e conhecimentos construídos por meio da informática e telecomunicação.

Com a ampliação de mercados, não só de empresas chinesas, ultrapassando fronteiras físicas, mas também econômicas, culturais e jurídicas, as empresas não teriam condições de se desenvolverem caso não tivessem mecanismos administrativos de conformação das diversas regras agora impostas. Esse arcabouço de mecanismos foi proporcionado pela telemática, que é a união da telecomunicação com a informática.

Castells (2002, p. 230) anota que “[...] as grandes empresas ficariam simplesmente impossibilitadas de lidar com a complexidade da teia de alianças estratégicas, dos acordos de subcontratação e do processo decisório descentralizado sem o desenvolvimento das redes de computadores.” Como rede de computadores, ele entende principalmente os microprocessadores que compõem os computadores de mesa ou de trabalho, conectados em redes de telecomunicações internacionais, processando informações e transmitindo-os.

Da mesma forma, para as empresas transnacionais, o elemento decisivo para sua expansão vertiginosa, ocorrida nas últimas décadas, foi a junção da informática com a comunicação, principalmente o processamento e a transmissão de dados que isso possibilitou. A tecnologia criada com *hardwares*, *softwares* e linhas de comunicação pela rede mundial de computadores (*web*) possibilita grande armazenamento de dados numéricos, de voz e de imagens, e estes podem ser compartilhados instantaneamente, sem depender de autorização para transpassar qualquer fronteira. Assim, as organizações transnacionais enviam livremente seu comando, da sua sede para suas bases produtoras ou distribuidoras, nos mais diversos países em que atuam, organizando suas atividades de forma competente, minimizando custos e maximizando seu resultado econômico.

Ponto também importante para a nova economia em rede são as transferências de fluxos financeiros em tempo real, ou seja, os investimentos econômicos por meio de fluxos financeiros

volatizados transitam de forma instantânea pelo globo, com a ajuda da telemática.

Em síntese, a globalização é um fenômeno que ocorre devido à evolução da sociedade, visto que os homens sempre desejaram conhecer o que existe fora do seu *habitat* original, e buscam superar-se constantemente. A busca por novos territórios, novos mercados, novas formas de acumulação de riquezas e novas tecnologias faz com que aconteçam intercâmbios, ou por cooperação – quando são desenvolvidos com desejo mútuo –, ou por imposição – quando se determina a globalização para ampliação de uma vontade determinada, por exemplo, prescrição de um sistema político econômico –, aqui sendo importante a forma de ação de cada ator internacional, ou por meio de governo/governança ou por governança.

Weber (2004, p. 69), quando fala da “ação social”⁵, descreve os indivíduos com interesses individuais, que, a fim de mantê-los ou de ampliá-los, alteram seu comportamento, às vezes abrindo mão de sua posição, prática ou opinião, para formar novos consensos e novas relações de associação racional – globalização – com novos modos de vida.

É uma evolução natural, não necessariamente positiva. Assim, a globalização tende ao infinito quando novas formas que parecem melhores, de algum ponto de vista específico, estendem-se a outros indivíduos, a outros grupos sociais e a outras nações, tornando-se globais. Nesse aspecto, cita-se a globalização da tecnologia, que avança em larga escala e já atinge grande parte do universo, em alguns países de forma ampla e abrangente e, em outros, menos intensamente. E essa globalização demonstra a emergente e atuante força das empresas transnacionais, as quais globalizam tendências de consumo, formas de captação de investimentos financeiros e também levam a novas formas de governança global.

Estes aspectos aqui levantados sobre a globalização, bem como referentes ao papel da informática e telecomunicação na expansão das empresas pelo mundo, são essenciais para

⁵ Significa uma ação que, quanto ao sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso (WEBER, 2004, p. 2).

observar, de maneira construtivista, como ocorre a governança nesse momento ímpar da sociedade e quão delicada é a efetivação de uma boa governança internacional.

3 Fatores que dificultam a boa governança na sociedade internacional contemporânea

A nova sociedade internacional encontra-se em um dilema pontual: como é possível a existência de boa governança em um ambiente com inúmeros atores internacionais interdependentes, com interesses, muitas vezes, diversos e poder igualmente diferenciado?

O presente artigo destaca o poder de governança das empresas transnacionais, principalmente pelo momento em que a globalização, que parecia questão consumada, apresenta fissuras, observadas, por exemplo, na decisão tomada pela Inglaterra de deixar a União Europeia, bem como em anúncios eloquentes do vencedor das eleições norte-americanas Sr. Donald Trump sobre fechar as fronteiras e proteger sua economia com medidas duras contra empresas transnacionais que migraram dos Estados Unidos para outros países em busca de mão de obra barata e baixa carga tributária. Será o retorno ao nacionalismo pragmático?

Estes fatos demonstram a dificuldade de conciliar os interesses, por um lado, dos Estados, de proteger seus cidadãos, com a manutenção de uma economia forte e confiável, principalmente mantendo o emprego em padrões aceitáveis e conseqüentemente a renda daquela sociedade, e, por outro, das empresas transnacionais que buscam a maximização do lucro, não mais apegando-se ao nacionalismo e migrando para locais que apresentam melhor competitividade.

Este cenário não envolve somente um Estado ante empresas transnacionais, mas também relações entre Estados, que passaram a competir por meio de guerras alfandegárias, tributárias, de livre circulação de bens e pessoas, entre outras medidas para atender aos pedidos das empresas transnacionais. A ampliação das empresas transnacionais levou novas tecnologias aos mais diversos locais e fez diminuir a distância entre países centrais e a periferia, alterando relações de poder e, conseqüentemente, a governança global.

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

Desta forma, as empresas transnacionais, com objetivos assimétricos em relação aos objetivos globais, desenvolvem novos arranjos de governança, muitas vezes utilizando a lei de determinados Estados para escapar de regras que lhe causem prejuízos. Segundo Roncato (2011, p. 35), a globalização restringe a capacidade dos Estados, que são impedidos de utilizar seus principais instrumentos discricionários pela influência do capital transnacional, e assim sofrem uma diminuição de poder. Roncato continua anotando que “o desenvolvimento das instituições políticas não acompanhou as transformações econômicas e a expansão dos mercados, porquanto tal feito gerou a inclusão econômica de alguns e a exclusão massiva de muitos” (2011, p. 35-36). E conclui que “o resultado foi um notável desequilíbrio na relação entre mercado, Estado e sociedade” (ibidem, p. 36).

Segundo Rosenau (2000, p. 11), no momento de declínio das hegemônias, as fronteiras desaparecem, as alianças militares se inviabilizam e, assim, as perspectivas da ordem e da governança mundial acabam por exceder os limites normais. O autor anota que o curso da história chegou a um ponto de mudança:

[...] oportunidade para que o movimento no sentido da cooperação pacífica, da expansão dos direitos humanos e da elevação dos padrões de vida são pouco menos evidentes do que as perspectivas de um agravamento dos conflitos de grupos, a deterioração dos sistemas sociais e das condições ambientais. (ROSENAU, 2000, p. 11).

A mensagem de Rosenau (2000, p. 12) é a de que se deve aproveitar esta época de mudanças para esclarecer a essência da ordem mundial e os processos em que se manifesta a governança na escala mundial.

Nesse prisma, nota-se que os arranjos de governança, conforme tratados no item 1, são extremamente complexos, haja vista a sociedade internacional contemporânea ser formada por

inúmeros atores assimétricos, entre esses as empresas transnacionais com protagonismo relevante, que, buscando interesses próprios e muitas vezes antagônicos, não caminham para um mesmo objetivo, que seria uma boa governança global a fim de manter a prosperidade de todas as nações em seus mais diversos aspectos, como econômicos, culturais, educacionais, alimentares, etc., os quais, em última análise, resultariam em paz mundial.

CONCLUSÃO

Na sociedade internacional, sempre ocorreram mudanças, seja nos aspectos territoriais, culturais, financeiros, sociais e em tantos outros. A mutação mais recente e profunda que se observa é a causada pelo fenômeno da globalização, que atinge com força a governança global, objeto deste estudo, o qual tem como objetivo principal apontar fatores que dificultam a boa governança global na sociedade internacional contemporânea, enfatizando a atuação das empresas transnacionais.

A globalização contemporânea está diretamente ligada à nova era da informação, ou telemática. O uso da telecomunicação com a informática impulsionou sobremaneira a globalização – em seus diversos aspectos multidimensionais –, bem como acarretou o surgimento de diversos atores internacionais e alavancou a ampliação das empresas, transformando-as em transnacionais e, ao final, influenciando a governança global.

Dessa forma, o fator principal para a falta de uma boa governança global é a existência de diversos atores na sociedade atual contemporânea que não comungam dos mesmos objetivos, ou seja, são assimétricos – em especial, neste momento, devido ao seu grande poder, destacam-se as empresas transnacionais. Essa diversidade de novos atores atuando em um mesmo espaço e tratando, muitas vezes, dos mesmos assuntos porém com interesses distintos conduz a uma anarquia mundial, já que não existe um organismo supranacional que determine as normas supranacionais globais a serem seguidas. Também, nota-se que o Direito Internacional já não alcança, por exemplo, a regulação da ação das empresas transnacionais na sociedade internacional

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

contemporânea, obrigando Estados a agirem como nos tempos mais ferrenhos do nacionalismo.

O Estado, há pouco tempo soberano em governo/governança e governança, cedeu espaços para os novos atores da sociedade internacional. No entanto, são as empresas transnacionais o ator atual que mais preocupa e põe em cheque até mesmo a continuidade da existência dos Estados. A emergente e atuante força das empresas transnacionais globaliza tendências de consumo, formas de captação de investimentos financeiros e, muitas vezes, utiliza a lei de determinados Estados para escapar de regras que lhe causem prejuízos.

Esse novo protagonismo das empresas transnacionais restringe a capacidade dos Estados, que são impedidos de utilizar seus principais instrumentos discricionários pela influência do capital transnacional, e assim sofrem uma diminuição de poder, o que causa um notável desequilíbrio na relação entre mercado, Estado e sociedade.

Dessa forma, a boa governança global sofre da falta de objetivos comuns entre os diversos atores da sociedade internacional, em especial o nefasto desejo de acumulação de lucros das empresas transnacionais, que agem com mais poder do que alguns Estados e não atendem os anseios da sociedade internacional para a busca de um equilíbrio entre os povos e a manutenção da paz internacional.

REFERÊNCIAS

- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.
- BRUM, Argemiro Luís; BEDIN, Gilmar Antonio. Globalização e desenvolvimento: algumas reflexões sobre as transformações do mundo atual e suas implicações no processo de desenvolvimento. *Desenvolvimento em questão*: Ijuí: Unijuí, ano 1, n. 2, jul./dez. 2003.
- CALDUCH CERVERA, Rafael. *Relaciones internacionales*. Madrid: Ciencias Sociales, 1991.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

- CURADO, Manuel. Estruturas de governação. CDN2006, Instituto de Defesa Nacional, Porto, 2 de Dezembro de 2005. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/3703/1/estruturas%20de%20governacao%20repositorium.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2016.
- GLITZ, Frederico E. Z. *Contrato, globalização e Lex Mercatoria*. São Paulo: Clássica, 2014.
- KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. Mapping global governance. In: HELD, David;
- MCGREW, Anthony (Eds.). *Governing globalization: power, authority and global governance*. Oxford: Polity, 2002. 370 p. p. 46-69
- KOPPELL, Jonathan G. S. *World rule: accountability, legitimacy, and the design of global governance*. Chicago: The University of Chicago Press, 2010.
- _____. *Structure of Global Governance: Explaining the Organizational Design of Global Rulemaking Institutions*. Preliminary Draft. Yale School of Management. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cac he:UzwKXyKjfhwj:www.world-governance.org/IMG/pdf_Structure_of_GG_Explainin g_the_Organizational_Design_03._1_Architecture_.pdf+ &cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 5 ago. 2016.
- MCGREW, Anthony (Eds.). *Governing globalization: power, authority and global governance*. Oxford: Polity, 2002. p. 46-69.
- MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensão do Homem*. São Paulo: Cultrix, 2001.
- MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais: a questão de gênero*. Ijuí: Unijuí, 2011.
- _____. *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Ijuí: Unijuí, 2014.

Fatores que dificultam a boa governança global na sociedade...

- _____. *Relações internacionais: estudos de introdução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades*. Ijuí: Unijuí, 2007.
- _____. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.
- RONCATO, Bruna Silveira. *Novos contornos do poder político: o déficit participativo na governança global e o contraponto da emergente sociedade civil*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.
- ROSENAU, James. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James; CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- TRUYOL Y SERRA, Antônio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza, 2008.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. v. 1.

Pós-positivismo à brasileira: Uma análise da legitimação democrática da atuação do Judiciário brasileiro à luz do constitucionalismo contemporâneo

GABRIEL MEIRA NÓBREGA DE LIME¹

Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

I. INTRODUÇÃO

Rege a famosa passagem da obra *Odisseia*, de Homero, que o herói Ulisses sabia que enfrentaria todo tipo de provações no caminho de volta para Ítaca, após a Guerra de Tróia, inclusive o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens para caminhos tortuosos no mar impedindo o seu regresso. Sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorrentem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedeçam qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma auto-restrição para não sucumbir depois.

A supracitada passagem é emblemática e elucidativa para representar o atual papel que exerce a Constituição nos Estados democráticos. Nos Estados Unidos, com o caso *Marbury x Madison* (1803), e na Europa continental principalmente a partir do neoconstitucionalismo², a Constituição se torna o principal

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Pós-graduado em Direito e Processo Tributário pela Escola Superior de Advocacia da OAB/PB. Graduado em Direito pela UFPB.

² BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. UniCEUB. (V. 5) – número especial – 2015. “Ao final da Segunda Guerra Mundial, países da Europa continental passaram por um importante redesenho institucional, com repercussões de curto, médio e longo prazo

documento jurídico do Estado, possuindo superioridade formal e material em relação às demais normas jurídicas, subordinando-as. A Constituição torna-se, em verdade, o pacto anterior e fundamental, o compromisso inarredável do Estado, sendo dotada de cláusulas pétreas que inclusive irão subordinar a própria vontade posterior do povo.

Diante disto, mesmo que corresponda à vontade majoritária, a norma jurídica (inclusive emenda constitucional) que mitigue ou viole cláusula pétrea deste compromisso fundamental não prevalecerá. Diz-se, nesse sentido, que a Constituição limitará a própria democracia. As Constituições funcionam, então, como as correntes de Ulisses, o acordo fundamental, o pacto anterior, impedindo que em deliberação posterior o próprio povo sucumba ao sedutor canto das sereias por um despotismo ou tirania da maioria.

A relação entre constitucionalismo e democracia pode refletir uma situação de freios recíprocos, na qual muitas vezes, perceber-se-ão tensões e colisões. Dentro de uma sociedade cada mais complexa, e que se pretende plural e democrática, trata-se de choques inevitáveis dos quais serão possíveis a identificação de mais de uma resposta válida, nesse sentido, apesar de haver mais de uma resposta válida, apenas uma, ainda que momentaneamente, prevalecerá. O estudo do presente trabalho, então, recairá sobre a legitimidade da palavra final, dentro da tensão entre constitucionalismo e democracia.

Para proceder tal análise, o presente trabalho em seu aspecto metodológico realizou uma revisão bibliográfica em

sobre o mundo romano-germânico em geral. O direito constitucional saiu do conflito inteiramente reconfigurado, tanto quanto ao seu objeto (novas constituições foram promulgadas), quanto no tocante ao seu papel (centralidade da Constituição em lugar da lei), como, ainda, com relação aos meios e modos de interpretar e aplicar as suas normas (surgimento da nova hermenêutica constitucional). Ao lado dessas transformações dogmáticas, ocorreu igualmente notável mudança institucional, representada pela criação de tribunais constitucionais e uma progressiva ascensão do Poder Judiciário. No lugar do Estado legislativo de direito, que se consolidara no século XIX, surge o Estado constitucional de direito, com todas as suas implicações⁹. Esse novo modelo tem sido identificado como constitucionalismo do pós-guerra, novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo.”

autores brasileiros e estrangeiros que esposam as correntes teóricas do constitucionalismo democrático e constitucionalismo popular, com enfoque na questão da “dificuldade democrática do Judiciário”, confrontando-os com jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal.

II. FORMAS DE GOVERNO, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Analisando as melhores e piores formas de governo, o filósofo grego Aristóteles dividiu-as em três formas ideais: monarquia, aristocracia e governo constitucional; mas que se deturpadas originariam respectivamente a tirania, a oligarquia e a democracia, constituindo esta última no desvio mais moderado³. A monarquia consistiria no governo do melhor homem, e a aristocracia significaria a designação dos melhores cidadãos para as funções de governo mais elevadas, de acordo com o mérito. Assim, a aristocracia consistiria na distribuição das funções mais honrosas de governo de conformidade com o mérito, sendo o mérito o fator distintivo da aristocracia, a riqueza o da oligarquia e a liberdade o da democracia (ARISTÓTELES, 1986, pp. 137-138).

Percebe-se que para o supracitado filósofo a democracia se consubstancia na forma de governo que, embora não ideal, possui o vício mais moderado em relação às imperfeitas. A democracia existiria quando os homens livres exercem o poder, sendo a classe soberana numerosa. Todavia, a democracia, uma forma já imperfeita, ainda pode se degenerar em uma demagogia ou mesmo na tirania da maioria⁴.

³ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1985. P. 123. Nesse sentido:

“(…) com efeito, o desvio da primeira e mais divina forma é necessariamente o pior, da mesma forma que a monarquia, se não for apenas um nome, tem de existir na extraordinária superioridade de quem é rei; então a tirania, sendo a pior forma, deve ser a mais afastada do governo constitucional, seguindo-se-lhe em segundo lugar da oligarquia (a oligarquia é amplamente separada daquela constituição), enquanto a democracia deve ser o desvio mais moderado.”

⁴ “Outra espécie de democracia é igual às demais em tudo, com a exceção de que as massas são soberanas e não a lei; isto ocorre quando os decretos da assembléia popular se sobrepõem às leis. Tal situação é provocada pelos

Perceba-se que já neste autor é possível identificar um temor de que a democracia pudesse descambar em uma tirania da maioria. Aproximadamente três mil anos mais tarde, o francês Alexis de Tocqueville iria apresentar a mesma preocupação acerca da relação entre democracia e tirania da maioria, confira-se:

A onipotência parece-me em si um coisa ruim e perigosa. Seu exercício parece-me acima das forças do homem. (...) Portanto, quando vejo concederem o direito e a faculdade de fazer tudo a uma força qualquer, seja ela chamada povo ou rei, democracia ou numa república, digo: aí está o germe da tirania; e procuro ir viver sob outras leis. (...)

Quando um homem ou um partido sofrem uma injustiça nos Estados Unidos, a quem você quer que ele se dirija? À opinião pública? É ela que constitui a maioria. Ao corpo legislativo? Ele representa a maioria e obedece-lhe cegamente. Ao poder executivo? Ele é nomeado pela maioria e lhe serve de instrumento passivo. À força pública? A força pública não passa da maioria sob as armas. Ao júri? O júri é a maioria investida do direito de pronunciar sentenças – os próprios juízes, em certos Estados, são eleitos

demagogos, em cidades governadas democraticamente e sob o império da lei não aparecem demagogos, e as melhores classes de cidadãos ocupam as posições mais proeminentes, onde porém as leis não são soberanas, então aparecem os demagogos. O povo torna-se tirano. (...) Um povo assim, transformado praticamente num monarca, procura exercer um governo monárquico, impedindo que a lei governe, e se torna despótico, dando ensejo a que adutores passem a ser estimados. Uma democracia desta espécie é análoga à forma tirânica da monarquia (...)”em: ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1985. P. 132.

pela maioria. Por mais iníqua e insensata que seja a medida a atingi-lo, você tem que se submeter a ela. (TOCQUEVILLE, 2014, pp. 295-296)

A preocupação dos autores não restou desarrazoada. O século XX demonstrou que ideologias autoritárias, como o nazismo e o fascismo, foram alçadas ao poder mediante amplo apoio da respectiva população, pelo voto. Neste sentido, após o fim da Segunda Guerra Mundial, ao Judiciário, tido como guardião da Constituição, passa a cumprir o papel de proteger os direitos fundamentais das minorias, em ótica nitidamente contramajoritária, tendo este novo papel fundamento nas correntes teóricas do constitucionalismo democrático e neoconstitucionalismo. Assim, há sensível alteração no papel do juiz neste cenário, visto que não se reduzirá conforme prescreveu Montesquieu na mera aplicação da norma ao caso concreto, percebendo-se, porém, um papel criativo e uma maior fluidez entre as tarefas de interpretação e criação da norma.

A discussão acerca dos limites e da legitimidade deste novo papel do juiz, em um regime que se pretenda democrático, é questão central no presente trabalho.

III. NEOCONSTITUCIONALISMO E EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Do ponto de vista filosófico, o neoconstitucionalismo é desdobramento jurídico do pós-positivismo. Mas o que seria o pós-positivismo? Quando e como surgiu? Como podemos defini-lo?

Importa frisar que a doutrina contemporânea questiona a intitulação “pós-positivismo”, considerado um rótulo genérico a abrigar um conjunto abrangente, todavia difuso, de pensamentos que criticam o positivismo jurídico (BARROSO, 2007, p.5).

Conforme Barroso e Ana Barcellos (2006, p.8) o positivismo jurídico é resultado da pretensão de transformar o Direito em uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Assim, o Direito é ato normativo, emanado do Estado e com força coativa. Para o positivismo, não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de

questões como legitimidade e justiça. Separa-se, portanto, o Direito e a moral.

Como melhor definição do surgimento e natureza do pós-positivismo, cabe trazer à baila a lição do professor Luís Roberto Barroso:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas

não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (BARROSO, 2007, p. 6) (GRIFAMOS).

O pós-positivismo e seu desdobramento jurídico, o neoconstitucionalismo, trazem a superação da própria égide do Estado de Direito (*rule of law*) e da supremacia da lei como expressão da vontade geral.

A democracia passa a ser encarada não apenas como expressão e governo da vontade da maioria, representada abstratamente na lei. Para haver democracia é necessário conjugar a aplicação da vontade da maioria com a proteção dos direitos fundamentais de todos e, notadamente, das minorias. Surge o Estado Democrático de Direito, cujo principal documento jurídico é a Constituição, dotado de supremacia em relação aos outros, que prevê proteções e garantias fundamentais não revogáveis pela lei infraconstitucional.

Dentro do marco teórico trazido pelo neoconstitucionalismo, as mais importantes mudanças para os fins desta pesquisa se dão no novo papel do intérprete nesse contexto, bem como a nova compreensão das normas.

No tocante à norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes. Não mais compete ao juiz uma função de mero conhecimento técnico voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Trata-se da centralidade do denominado constitucionalismo democrático (BARROSO, 2015, p. 29).

A ascensão do paradigma teórica supracitado tem relação direta com o papel que o Poder Judiciário atualmente ocupa, em razão de sua posição privilegiada como intérprete final da Constituição, conforme veremos.

IV. CRIAÇÃO JUDICIAL DE DIREITO

Diante do fenômeno supracitado, não é mais possível conceber o juiz como boca da lei, que realizada meras operações formais. O juiz torna-se coparticipante no processo de criação do direito, todavia, aí se encontra o grande risco fundado nesta teoria, conforme se verá a frente.

Existem, então, três situações “extra clássicas” que o juiz contemporâneo enfrenta e que, inegavelmente, demandam de uma maior “subjetividade” em sua atuação. Estas situações apresentam baixa clareza de limites entre o que é interpretação e o que é efetiva criação de direito, quais sejam:

- 1) Cenário de descentralização ou de *standardização* do ordenamento jurídico;
- 2) Lacunas legislativas;
- 3) “Casos difíceis”;

O primeira tópico é amplamente discutido pelos teóricos da análise econômica do direito. Richard Posner e Isaac Ehrlich

(1974, pp. 257-286) estudaram inicialmente a relação entre o grau de especificidade e a eficiência do comando normativo. Os autores exploram o *continuum* da especificidade à generalidade a partir de uma abordagem neopragmatista, que faz uso do método da Análise Econômica do Direito. No seu trabalho, a técnica legislativa de produção das normas jurídicas é compreendida à luz da eficiência, com enfoque consequencialista, isto é, discutindo em que condições a escolha por um comando normativo mais preciso ou geral é mais eficiente em termos de custo e benefício para a sociedade.

Duas décadas mais tarde, Louis Kaplow (1992, pp. 557-629) também deu uma contribuição expressiva para a literatura, ao tratar a questão da especificidade/generalidade como sendo, em essência, um problema de aquisição de informação sobre o conteúdo da norma. Em sua abordagem, o autor construiu um modelo descritivo dos três planos da cadeia de positivação do direito (legislador, destinatário da norma e órgão judicante) e de como o funcionamento de cada uma dessas esferas era afetado pela opção por uma norma mais fechada ou mais aberta – isto é, pela opção de transferir a tarefa de buscar a informação relevante à fixação do conteúdo normativo do plano *ex ante* (legislador) para os planos *ex post* (destinatário e órgão judicante), ou vice-versa.

Dessa forma, um sistema jurídico baseado em normas de baixo grau de especificidade, como cláusulas gerais e conceitos indeterminados, privilegia a densificação e construção normativa por parte dos órgãos jurisdicionais, enquanto um modelo de alto grau de especificidade normativa – formado majoritariamente por regras – concentra o poder de decisão no topo do sistema político. A opção por um sistema jurídico baseado em tipos abertos revela a preferência por um modelo *ex post*, que prioriza o juiz e não o legislador como produtor das normas jurídicas; regras precisas, representam um modelo *ex ante*, são centralizadas e concentram o poder de decisão no topo do sistema político. A escolha pelo grau em que os comandos normativos são promulgados envolve

custos, como os supramencionados, que devem ser considerados em face de uma transição⁵.

Neste sentido, aponta-se a percepção de que o ordenamento jurídico brasileiro passa por uma transição, de centralizado para descentralizado, que está ocorrendo sem uma necessária ponderação dos custos e benefícios envolvidos, o que, todavia, não é o objeto principal desta discussão.

O advento da Constituição Federal de 1988 representa o estopim da opção por um sistema descentralizado e vem transformando o ordenamento brasileiro em um sistema jurídico baseado preferencialmente em princípios e cláusulas gerais. Tudo isso impulsionado pelo fascínio ocasionado com a redescoberta dos princípios e uma onda de ativismo judicial de qualidade questionável.

Perceba-se, todavia, que no tocante a este ponto, a expansão do Poder Judiciário dá-se diretamente (ainda que de forma “inconsciente” ou involuntária) por delegação do legislador, que termina por “abrir mão” do poder de regulamentar a situação jurídica, promulgado princípios ou cláusulas gerais, para que o juiz, diante do caso concreto, densifique-os e concretize-os. O legislador, neste ponto, incentiva e estimula a “discrecionabilidade judicial”, visto compreender a impossibilidade de ele próprio prever todas as situações da vida, diante a rápida obsolescência e falta de flexibilidade das regras precisas, que em alguns campos com muita facilidade tornam-se desatualizadas. A consequência inequívoca, é uma fronteira fluida entre o que é a tarefa de legislar e regulamentar e o que é a de julgar, aproximando política e direito.

O segundo tópico tem certa aproximação com o primeiro. A lei, como obra humana, é falha, e seria impossível intentar que abrangesse todos os fenômenos de uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Sendo assim, há conflitos que envolvem

⁵Para melhor compreensão ler: NÓBREGA, Gabriel. **Descentralização do Sistema Jurídico: pós-positivismo à brasileira, abuso de princípios e o caso da soja verde.** 2015. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.

demandas não especificamente disciplinadas pela lei, e dada a proibição de o Judiciário não decidir (vedação ao “*non liquet*”), ter-se-á uma solução criativa e criadora de Direito pelo julgador.

Nestas duas situações, não se percebe uma conduta judicial que usurpe competências legislativas, ou que viole a separação dos Poderes, mas uma atitude judicial decorrente de uma expressa delegação do legislador ou de sua omissão.

Questão mais controversa diz respeito aos denominados “casos difíceis”, que podem resultar: a) de “colisões” entre direitos fundamentais ou princípios (ex: direito à intimidade x direito dos cidadãos de conhecerem a postura privada dos mandatários); b) de desacordos morais razoáveis (ex: deve-se ou não permitir que pai, testemunha de jeová, impeça que o filho receba transfusão de sangue por motivos religiosos); e c) da vagueza da linguagem (ex: dignidade humana). O conhecimento ordinário da matéria, fundada na lição de Robert Alexy, aponta a técnica da ponderação como forma de solução dessas situações, denominados “casos difíceis”. Alexy apresenta a “tese forte” da separação entre regras e princípios, também denominada tese qualitativa, toma o modo de aplicação de cada espécie de norma como critério distintivo suficiente da separação. Para esta tese o critério da generalidade não é suficiente para aferir a distinção posto que incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial. Para Alexy, a questão está em assentar a distinção por meio dos modos de aplicação de cada espécie normativa, bem como na forma de proceder em caso de conflito normativo.

Regras seriam diferentes dos princípios porque são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Destarte, a aplicação das regras envolve uma operação intelectual simples denominada de subsunção, não dando margem a maiores especulações teóricas. Regras são relatos objetivos e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. A subsunção é o enquadramento dos fatos na previsão abstrata da norma, que produzirá o resultado jurídico. Assim, a aplicação das regras se opera na modalidade tudo ou nada, isto é, ou regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor

Os princípios, como visto, possuem maior grau de abstração, não especificando *diretamente* a conduta a ser seguida, posto que constituem uma decisão política relevante a indicar a direção e não o caminho. O ordenamento jurídico se caracteriza por uma ordem pluralista a adequar em seu corpo valores e fundamentos contrapostos, resultados das influências e do poder de grupos de pressão consolidados ou em luta por sua consolidação. Dessa forma, a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema, em razão de sua dialeticidade. O intérprete deve reconhecer aos princípios uma dimensão de peso e importância e à luz do caso concreto, devendo fundamentadamente, e preservando o máximo de cada um, aferir a vontade do texto. A aplicação dos princípios dar-se-á, em geral, pela técnica da *ponderação*.

A ponderação será a técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis (*hard cases*), onde a subsunção mostra-se insuficiente pois a situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia e especialidade que indicam soluções diferenciadas. O método se dá através do sopesamento e balanceamento de bens, interesses e valores. Método este que ganhou importância na rotina da atividade jurisdicional hodierna (TORRES, 2000, pp.643-645).

Por isso, Alexy (2008, p. 90) afirma existir uma **dimensão de peso** entre princípios nos casos de colisão, exigindo para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”. Assim, em face de uma colisão de princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha no caso concreto maior peso relativo, sem que isso signifique invalidação ou descarte do princípio compreendido como de peso menor.

Assim, os princípios apresentariam a natureza de mandamentos de otimização, e na sua colisão deve-se observar a técnica da ponderação. Vejamos:

(...) princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por que

podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. (...) Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente. (ALEXY, 1992, p. 12).

Segundo Alexy, o **dimensionamento de peso** entre princípios nos casos de colisão, exige para sua aplicação um mecanismo de “proporcionalidade”, que garantiria a racionalidade da decisão. A estrutura da proporcionalidade divide-se em três sub-regras que devem ser analisadas em sequência: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito. A sequência deste procedimento teórico, uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, seria capaz de conduzir a decisões judiciais dotadas sempre de racionalidade.

A doutrina, ainda que de forma incipiente, vem criticando a forma como houve uma crença acrítica na adoção desta teoria, e na forma errônea como foi absorvida. Observe-se trecho da lavra de Bernardo Gonçalves Fernandes que critica a internalização da sub-regra da adequação:

No Brasil, difundiu-se o conceito de **adequação** como aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido (ou seja, se a medida ou meio adotado é apto ao fim visado). Todavia trata-se de uma compreensão (apesar de **majoritária na doutrina nacional**) **equivocada** da sub-regra (ou máxima),

derivada da tradução imprecisa do termo alemão *fördern* como alcançar, ao invés de **fomentar**, o que seria mais correto. Nessa leitura, “adequado, então, não é somente o meio cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também **o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado**. Há uma grade diferença entre ambos conceitos, que fica clara na definição de Martin Borowski, segundo a qual uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o ‘objeto legítimo pretendido seja alcançado ou pelo menos fomentado’. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objeto pretendido. (FERNANDES, 2014, p. 232).

O autor supracitado (2014, p. 232) aponta a incorreção acima demonstrada na compreensão da sub-regra da adequação nas obras de Daniel Sarmento e Gilmar Ferreira Mendes.

A sub-regra da **necessidade** é entendida como uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. Dessa forma, um ato que limita um direito fundamental só considerar-se-á necessário se para realização de seu objetivo pretendido não haja outra medida que limite em menor intensidade o direito.

Por fim, passa-se à análise da **proporcionalidade em sentido estrito**, apenas após a verificação de que o ato é adequado e necessário. Trata-se a proporcionalidade em sentido estrito de um raciocínio de sopesamento que se dá entre a

intensidade da restrição que o direito fundamental irá sofrer e a importância do outro direito fundamental que lhe é colidente.

Assim acolheu majoritariamente a doutrina e jurisprudência nacional. Vejamos síntese desse pensamento no voto do Ministro Gilmar Mendes no HC nº 82.424/RS:

(...) São três máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto) (...).⁶

A racionalidade alexyana possui, no entanto, inúmeros problemas irresolvidos, essencialmente no que diz respeito à flexibilidade conferida pelos princípios ocasionando uma amplíssima discricionariedade judicial. Em verdade, a adoção pela doutrina nacional da tese de Robert Alexy, desenvolvendo a “crença” de que o método da ponderação a partir do critério da proporcionalidade seria capaz de assegurar decisões dotadas de racionalidade, de modo a evitar o decisionismo, a incerteza e a insegurança, ocorreu de forma acrítica e deslumbrada.

6 STF – HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19/03/2004. P. 659. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 23/09/2015.

Trata-se de questão ainda mais sensível, quando se fala em jurisdição constitucional, na qual os juízes, de forma concreta, e as cortes constitucionais, de forma abstrata ou concreta, exercem o controle de constitucionalidade dos atos normativos emanados do Poder Legislativo e da chefia do Executivo. Isto é, juízes indicados politicamente (Supremo Tribunal Federal e quinto constitucional) ou aprovados em concurso público, mas sem terem recebido um único voto, possuem na missão institucional de defender e interpretar a Constituição, o poder de retirar a validade jurídica de atos de agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. Fenômeno, apenas aparentemente paradoxal em uma democracia, denominado de “dificuldade contramajoritária”.

Diante da percepção de que a técnica da ponderação simplesmente autoriza uma incursão subjetiva do julgador, e não simplesmente “revela” o direito, mas o cria, passa-se a questionar a legitimidade que o judiciário teria para agir, atuando no espaço que na clássica divisão de Poderes incumbiria ao legislador, mesmo que para supostamente realizar a proteção de direitos fundamentais (muitas vezes utilizando-se da genérica solução de “efetivar a Constituição”). E mais, havendo esta legitimidade, ainda estaremos a falar de um regime puramente democrático?

A primeira corrente é a do constitucionalismo democrático, vitoriosa após a 2^o Guerra Mundial. Para esta corrente, em certos momentos e diante do papel representativo que também exerce, caberá ao Judiciário, em especial às Cortes Supremas, a “função iluminista” para “empurrar a história”. Isto ocorreria porque a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões – formal e substantiva – somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exigiria votos, direitos e razões (BARROSO, 2015, p.25).

Sendo assim, esta corrente defende a legitimidade democrática da jurisdição constitucional como assentada em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais,

que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.

A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão substantiva, que inclui igualdade, liberdade e justiça. É isso que a transforma, verdadeiramente, em um projeto coletivo de autogoverno, em que ninguém é deliberadamente deixado para trás. Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política. (BARROSO, 2015, p. 37).

O segundo argumento desta corrente, que considero eminentemente sociológico, todavia, irrefutável, traduz-se numa questão fulcral. Diante do cenário de um cenário de crise de representatividade política sem precedentes no Brasil e no mundo, até que ponto é possível afirmar, sem apegar-se idealização desconectada dos fatos, que os atos do Poder Legislativo corresponderiam, realmente, à vontade da maioria? Trata-se de uma argumentação forte, e de difícil contraposição.

Fato é que há muitas décadas, nos diversos Estados democráticos, da Europa à América Latina, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. A relação da sociedade civil com a classe política é marcada por ceticismo, indiferença e insatisfação. Disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados são temas globalmente associados à atividade política. No Brasil, por igual, vive-se situação delicada, em que a atividade política

desprende-se da sociedade civil, que passo a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Assim sendo, autores que antes se interessavam pelo tema da dificuldade contramajoritária dos tribunais constitucionais, começam a voltar atenção para o déficit democrático da representação política. Confira-se:

Em curioso paradoxo, o fato é que, em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. (...) É fora de dúvida que o modelo tradicional de separação de Poderes, concebido no século XIX e que sobreviveu ao século XX, já não dá conta de justificar, em toda a extensão, a estrutura e funcionamento do constitucionalismo contemporâneo. (BARROSO, 2015, pp. 38-39).

Para esta corrente, o Judiciário seria, inclusive, em certos contextos, melhor intérprete do sentimento majoritário do que o Legislativo. Isso ocorreria por que no Brasil, juízes são recrutados, na primeira instância, por concurso público, o que significa que pessoas vindas de diferentes origens sociais podem ingressar na magistratura. Por outro lado, o acesso a uma cadeira de parlamentar obriga o candidato a buscar financiamentos com atores econômicos e empresariais, ante o alto custo das campanhas, impossibilitando a chance real de vitória quem ou não possua certa condição econômica, ou não seja apoiado por tal grupo.

Dentro da experiência constitucional brasileira um exemplo didático seria a edição da súmula vinculante nº 13, pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa súmula, mediante raciocínio jurídico com extração constitucional direta do princípio da moralidade e impessoalidade na Administração Pública (art. 37, “*caput*”, CRFB/1988), o Supremo Tribunal Federal definiu a proibição de contratação de parentes até o 3º grau da autoridade nomeante, em entendimento vinculante para toda a Administração Pública e Poder Judiciário brasileiro. Noticiando que, embora

tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, a decisão teria atendido a um anseio que não obteve resposta do Congresso. Nestes casos, Barroso faz uma defesa incisiva da atuação do Supremo Tribunal Federal:

Primeiro: a jurisdição constitucional, como se procurou demonstrar acima, tem servido bem ao país. A preocupação com abusos por parte de juízes e tribunais não é infundada, e é preciso estar preparado para evitar que ocorram. Porém, no mundo real, são muito limitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal às quais se possa imputar a pecha de haverem ultrapassado a fronteira do aceitável. E nos poucos casos em que isso ocorreu, o próprio Tribunal cuidou de remediar (BARROSO, 2015, p. 44).

Inobstante a concordância com alguns dos argumentos lançados, não podemos deixar de apontar que o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso na passagem acima preferiu não conservar na memória o julgamento das ADI's 1351/DF e 1354/DF⁷ em 2006, nos quais o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da cláusula de barreira para partidos políticos, que concebia um desempenho eleitoral mínimo para que os partidos participem do processo eleitoral e tenham acesso aos recursos do fundo partidário e tempo na televisão. A esta decisão do STF é imputada parte da responsabilidade da atual crise política e de representatividade que o país vive, na medida em que permitiu a proliferação das legendas nanicas (legendas de aluguel), cujo principal objetivo é barganhar de tempo de televisão e rádio

⁷[ADI 1351/DF e ADI 1354/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 7.12.2006. \(ADI 1351\) \(ADI-1354\)](#). Informativo nº 451 do Supremo Tribunal Federal. O Plenário do STF, em decisão unânime, no final de 2006, declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.096 /95 (Lei dos Partidos Políticos) que instituíam a cláusula de barreira, no julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 1351 e 1354), ajuizadas, respectivamente, pelo PCdoB e pelo PSC.

por cargos e favores políticos inconfessáveis. Sendo assim, é incorreto falar que a atuação judicial não causou absolutamente danos, ou que foi capaz de remediar a todos.

Dito isto, é preciso ressaltar que a história política e institucional brasileira é marcada pela insinceridade constitucional, por um ordenamento jurídico serviente a um patrimonialismo e clientelismo que marca o desde o início o Estado brasileiro. A Constituição Federal de 1988, nascida à luz da redemocratização, traz a perspectiva de uma nova história, sendo dotada de um lastro de legitimidade, democracia e cidadania sem precedentes na história brasileira.

Com esta mudança de paradigma na vida institucional do País, os atores jurídicos nacionais passaram a buscar uma visão mais concretista do texto constitucional, de modo a não reduzi-lo a mais uma promessa inseqüente do constituinte, como foram os demais. Todavia, essa vontade de “efetivar a Constituição” conjugou-se com a crença de que as mazelas brasileiras seriam resolvidas judicialmente. O advento da Constituição Federal de 1988 representa, então, o estopim da opção por um sistema jurídico baseado preferencialmente em princípios e cláusulas gerais e da crença que os problemas sociais do País seriam resolvidos pelo Poder Judiciário, ante a descrença generalizada com os agentes políticos. Esse fascínio generalizado e imponderado da doutrina e da jurisprudência brasileira, como se buscou demonstrar através das passagens de doutrinadores e julgados acima mencionados tem resultado em uma onda de ativismo judicial de qualidade questionável.

O fascínio aqui analisado acerca da normatividade dos princípios, que restou acompanhado pela maior parte da doutrina pátria, resultou em uma recepção acríica e incompleta de teorias estrangeiras como a técnica da ponderação, a proporcionalidade e a argumentação jurídica.

O Brasil vive um processo de constitucionalismo tardio e, inobstante os inegáveis avanços políticos, jurídicos e institucionais trazidos pela Carta de 1988, a responsável por consagrar o neoconstitucionalismo e pós-positivismo no cenário jurídico nacional, começa a surgir uma segunda corrente teórica a apontar excessos derivados da incipiência e do deslumbramento causado

com a redescoberta dos princípios, notadamente no tocante à jurisdição constitucional.

Neste sentido, a crítica mais radical consubstancia-se no movimento norte-americano denominado de “constitucionalismo popular”⁸, que vai advogar, inclusive, o fim do *judicial review*, isto é, o fim do controle de constitucionalidade e da palavra final pelo Judiciário. Para os teóricos deste movimento, o argumento de que os juízes conseguiriam resistir à tirania das maiorias não possui qualquer amparo histórico. Ademais, o *judicial review* consistiria em um instrumento antidemocrático ao retirar do povo a própria escolha acerca de seus direitos. Assim, deveria haver o resgate do sentido da deliberação política, defendendo-se que as instituições legislativas devem possuir a palavra final no que se refere à divergência sobre direitos.

No Brasil, os autores que se contrapõem à primeira corrente o fazem de maneira menos radical que os americanos do constitucionalismo popular⁹, não questionando o *judicial review*, todavia, propugnando que o ativismo judicial enfraquece o Estado Democrático de Direito porque concentra poderes no Judiciário. Não se trataria, pois, de coibir a interpretação ou a atividade criativa do juiz, mas de perseguir caminhos que a tornem mais legítima, a fim da garantia da prevalência da norma editada pelo legislador, as políticas definidas pelo executivo e a constitucionalidade das decisões (ROCHA, 2015, p. 128).

Para estes teóricos, a abertura dada pelos princípios constitucionais combinada com uma técnica da ponderação que efetivamente não é capaz de dotá-la de racionalidade, e sem um sistema de freios que emolduram o processo, como o *stare decisis* da common law, causa irracionalidade metodológica no Direito, possibilitando o arbítrio e decisões que se baseiem na moralidade subjetiva dos juízes. Os tribunais se tornam Assembleias

⁸Vide TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princeton University, 1999a.e WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**.V. 115, pp. 1346-1406; 2006.

⁹Vide STRECK, Lênio *et alli*. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*. UniCEUB. (V. 5) – número especial – 2015.PP. 52-61 e RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Constituintes permanentes, diluindo a própria normatividade da Constituição, e a ideia de que o Direito governa, e este é criado democraticamente pelo povo. O direito não mais é a lei, que abstratamente representa a vontade da maioria, mas é a vontade do juiz.

Conforme Rocha e Barbosa (2015, p. 130) essa situação pode configurar um “*hiperativismo*”, quando o juiz pode decidir se invoca a abertura do princípio constitucional, a clareza da norma infraconstitucional, a persuasão das súmulas, ou suas preferências pessoais, motivadas com base em qualquer uma das fontes citadas. Isto não só iria comprometer o sistema no tocante às sua segurança, mas, sobretudo, no tocante à sua legitimidade.

Para Lênio Streck (2009, p, 594) a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar é uma ideia que tem ganhado adeptos na doutrina nacional. Lembra-nos, contudo, que delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia.

Assim, ainda que de modo embrionário, alguns pesquisadores começam a identificar uma tendência ao uso ideológico e oportunista das normas abertas no judiciário, de maneira tal que a aplicação das mesmas vem deixando de refletir a lógica interna do sistema jurídico e passando a ser guiada por valores meramente pessoais dos operadores do direito, contribuindo, destarte, para o aumento da insegurança jurídica.

Neste sentido, aponta-se um cenário em que a legítima intenção de concretização das normas constitucionais através da primazia judicial cedeu espaço para possibilidade de abertura a decisões resultado de puro arbítrio, e dotadas de preferências pessoais dos juízes. O deslumbramento inicial com a normatividade dos princípios no que diz respeito à sua ampla e múltipla abrangência devido à textura aberta e à potencialidade de atuação que oferece ao intérprete em razão de sua abertura semântica vem agora dar lugar a percepção o conteúdo da norma estará sujeito à concepção ideológica ou filosófica do intérprete, suas circunstâncias pessoais. O risco da ponderação é prestar-se a

voluntarismo e soluções *ad hoc* ou mesmo a preguiça e superficialidade (SUNDFELD, 2011, p. 295). Dando margem à ampla discricionariedade judicial e sendo um convite ao exercício indiscriminado de ativismo judicial que subverte e perverte a própria democracia.

V. CONCLUSÃO

A ascensão institucional do Poder Judiciário a partir do século XX, com o pós-guerra e a estabilização democrática nos países ocidentais, fundamenta-se em pressupostos teóricos do constitucionalismo e da necessidade de controle de excessos ou autoritarismo que a vontade majoritária pode ocasionar. Todavia, de forma incipiente, começa-se a questionar se essa expansão do Judiciário não estaria a desnaturar a separação dos Poderes e o próprio regime democrático. Por outro lado, os defensores desta expansão advogam que se trata de um novo modelo de democracia, visto que o modelo tradicional de separação de Poderes já não dá conta de justificar a estrutura do constitucionalismo contemporâneo.

No Brasil, o deslumbramento inicial com a teoria dos princípios em sua acepção pós-positivista fez com que na migração do ordenamento nacional para um sistema *ex post* ou *standard-based* não fosse realizada uma análise dos custos e benefícios de sua aplicação. Essa ponderação ecoa na divisão de trabalho entre legislador em contrapartida ao judiciário e à burocracia.

O processo de constitucionalismo tardio que vive nosso país em relação às demais democracias ocidentais é um fator relevante para compreensão desta realidade. A Constituição Federal de 1988 é responsável por inegáveis avanços políticos, jurídicos e institucionais. O processo democrático começa a ganhar maturidade. Todavia, a ânsia pela cura de uma síndrome de inefetividade das normas constitucionais que marca a história institucional brasileira não pode resultar em um ativismo judicial sem limites e critério, a ponto de subverter a própria separação de Poderes.

A “crença” de que apenas os métodos da argumentação jurídica, proporcionalidade e ponderação - na forma como

compreendidos por muitos autores brasileiros - seriam capazes de assegurar decisões dotadas de racionalidade, afastando o decisionismo e a insegurança, mostra-se falida.

O reconhecimento da normatividade dos princípios é o símbolo do pós-positivismo e de seu desdobramento jurídico, o neoconstitucionalismo. Ao intérprete já não caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Todavia, a abertura para decisões dotadas de preferências pessoais dos juízes, em uma discricionariedade judicial ilimitada transforma o Judiciário em legislador permanente.

Um ambiente que promove a deterioração da qualidade do debate jurídico ao trazer a arbitrariedade. O risco da ponderação existe em diferentes graus. O mais leve é seu uso como biombo retórico, a encobrir a sua desnecessidade ou suficiência da mera invocação de dispositivos legais específicos para dirimir o conflito submetido a juízo, uma “ornamentação” da decisão judicial, como “varinha de condão” que dá ao juiz um meio para se atingir o resultado que ele deseja de modo mais célere, isto é, o princípio representando a preguiça retórica ou superficialidade. O risco mais grave é de prestar-se a voluntarismo e soluções ad hoc, dando margem à ampla discricionariedade judicial e sendo um convite ao exercício indiscriminado de ativismo judicial e favorecendo o comportamento oportunista. A arbitrariedade judicial que subverte a própria democracia.

Assim, a expansão do Poder Judiciário, favorecida a partir de 1988 com a redemocratização e a ampliação da jurisdição constitucional, não coincide necessariamente com a realização dos avanços sociais alegados pelos juízes em suas sentenças, sob a rubrica de princípios, cláusulas gerais, normas abertas, dentre outros. Ao contrário, há indícios de terem sido produzidos efeitos adversos negativos que afetaram a própria credibilidade e legitimidade dos Tribunais. A análise da ideologia jurídica atualmente dominante na doutrina e jurisprudência dos tribunais pátrios é fator relevante para o atual cenário de instabilidade

institucional e tensão entre os Poderes Constituídos que pode ser verificado na realidade brasileira recente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. 2. Ed. México: Fontamara, 1992.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, UniCEUB, V. 5, número especial, 2015. pp. 24-51.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/maio de 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 1 de mai. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: **Interpretação Constitucional**. Virgílio Afonso da Silva (org.). São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NÓBREGA, Gabriel. **Descentralização do Sistema Jurídico: pós-positivismo à brasileira, abuso de princípios e o caso da soja verde**. 2015. 66f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.
- KAPLOW, Louis. Rules versus Standards: An Economic Analysis (1992). **Duke Law Journal**, Vol.42, N.3, Dec, 1992. pp. 557-629

- POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, Vol 3.No. 1, 1974. pp. 257-286.
- ROCHA, Lara. BARBOSA, Claudia. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. UniCEUB. (V . 5) – número especial, 2015. Pp. 116-134.
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Júris. 2009.
- SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições** Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. São Paulo: Martins Fontes. 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: **MIGUEL REALE: Estudos em homenagem aos seus noventa anos**. Urbano Zilles (coord.). Porto Alegre: Edipuc-RS, 2000.
- TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. New Jersey: Princenton University, 1999.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. V. 115, 2006. pp. 1346-1406.

A universalização dos Direitos Humanos na vertente Kantiana

FÁBIO DA SILVA VEIGA¹

ÉRICA GUERRA DA SILVA²

Universidade de Vigo (Espanha)

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal realizar uma análise acerca da universalização dos direitos humanos através da conscientização moral desses valores; as mudanças na compreensão dos direitos humanos decorrentes das mudanças de Estado e evolução dos direitos naturais para os direitos humanos, sendo a análise voltada para atuação do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

A pesquisa realizada foi dividida em dois itens, sendo que no primeiro deles estuda-se a evolução histórica do Estado para estabelecer as formas que este vem se transformando ao longo dos tempos e determinar os movimentos constantes que concorreram na formação e modificação da ideia de direitos humanos. Para tanto, analisaremos as diversas épocas da história da Humanidade Ocidental.

No segundo item, o analisa-se a evolução dos direitos naturais para os direitos humanos, sendo a análise voltada para atuação do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), demonstrando os dilemas para

¹ Doutorando em Direito Empresarial na Universidade de Vigo e Universidad de Alcalá. Investigador bolseiro da Fundação CAPES, Ministério da Educação, Brasil.

² Doutora em Direito, investigadora e professora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

universalização dos direitos humanos através da conscientização moral desses valores.

Por fim, com relação à sistemática da investigação, trata-se de pesquisa do tipo bibliográfico documental qualitativa, orientada pelo modelo crítico dialético. Logo, trata-se de pesquisa bibliográfica e qualitativa, que tem como fontes previstas para o alcance dos objetivos: a Constituição Federal e a doutrina nacional e estrangeira.

1. As transformações na forma de Estado e a estruturação dos Direitos Humanos

Os Tratados de Paz de Westfália (1648) tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica da superação da noção de soberania absoluta. Era já o Estado Moderno.

O século XVIII é marcado por grandes transformações que deram início ao novo modelo de Estado.

A fase inicial do processo de industrialização cominava em trabalho forçado, turnos prolongados e poucos direitos à classe trabalhadora. A ordem pública fora afetada pela desigualdade e a busca da igualdade suscitou a sedição.

Na França, a concepção de Estado baseada no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau se estruturava, a função do Estado de garantir aos cidadãos, à luz da vontade geral, a efetividade dos direitos naturais da liberdade, igualdade e fraternidade se adolecia.

A Revolução Francesa influenciada pelo movimento humanista da Renascença modifica a ideia de justiça, para na concepção de justiça a igualdade dos seres humanos enquanto seres livres, criadores das suas ordens política e jurídica:

Este nuevo Derecho, dada la magnitud y la osadía de los principios revolucionarios, habría de ser, simultaneamente, um nuevo Derecho Público, que articulasse em uma nueva relación a los ciudadanos y al poder que ellos mismos emanaba, y um nuevo

Derecho Privado, que permitise a uma sociedade al fin igualitária y despojada de [privilégios], uma sociedade aberta y libre, su funcionamiento próprio, fluido y espontâneo.³

A linguagem dos direitos inaugurada com a Revolução Francesa não é estudada com especificidade por Kant; todavia, é inegável que seus princípios foram importantes para escola alemã do século XIX estabelecer o direito subjetivo como figura central do sistema jurídico.

Como observa Joaquim Carlos Salgado:

Embora a Revolução colocasse, a par da liberdade e igualdade, a fraternidade, que posteriormente se desenvolveu como finalidade social do Estado de direito, enquanto esse deve realizar o bem comum (art. 1º da Constituição Francesa de 1793), Kant não a leva em consideração, centralizando o seu conceito de justiça num elemento eminentemente ético, a liberdade, e ao lado dela a igualdade. O primeiro *suum*, o primeiro bem que se deve reconhecer em cada um, pelo simples fato de ser humano, é a liberdade.⁴

³“Este novo Direito, dada a magnitude e a ousadia de princípios revolucionários, era para ser, simultaneamente, um novo Direito Público que articulasse em uma nova relação com os cidadãos e o poder que eles mesmos emanavam, e um novo Direito Privado, que permitisse uma sociedade ao final igualitária e despojada de [privilégios], uma sociedade aberta e livre, funcionamento próprio, fluido e espontâneo.” ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos - La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994, p. 45.

⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de Justiça em Kant*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.4.

A filosofia Kantiana ao libertar-se da tradição metafísica, estabeleceu os princípios filosóficos da Modernidade, caracterizada como a época histórica na qual o homem erigiria a razão como instrumento nuclear no conhecimento e no agir humano.⁵ As correntes do utilitarismo e do pragmatismo se situavam em vertente oposta a Kantiana, pois ambas se pautavam no empirismo (experiência concreta) e não nas bases racionais pura (razão):

A concepção Kantiana de Estado se difere das demais elaboradas ao longo da história e parece ser um passo adiante na construção da teoria do Estado. Ao afirmar o Estado como racional ou de direito, Kant rompe com a tradição clássica e medieval. A ideia de Estado como expressão da racionalidade humana diverge da tradição aristotélica, que considera a organização social natural ao homem já que ele é, por essência, um animal político, e também se opõe à visão teológica que prevaleceu na Idade Média, segundo a qual o Estado se justifica porque está a serviço de Deus. (...) Kant, devolve ao homem a sua autonomia em relação à história ao negar a sua sujeição à natureza ou a vontade supramundana.⁶

A frase de Kant [‘faça-se justiça, acabe o mundo’], considerando as bases racionais pura o princípio de direito, descreve a obrigação dos detentores do poder:

⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 42

⁶ SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant – Atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 108.

(...) não recusar a ninguém o seu direito, nem o restringir por antipatia ou compaixão por outra pessoa; para isso, requer-se, sobretudo, uma constituição interna do Estado em conformidade com os puros princípios do direito e, em seguida, também a união dele com outros Estados vizinhos ou distantes, em vista de um ajustamento legal (análogo a um Estado universal) das suas discórdias.⁷

O industrialismo, o desenvolvimento formidável da técnica, dos transportes, das comunicações e do comércio faz surgir o liberalismo, em que a vontade do povo ditava a lei, orientada para os direitos individuais.

Durante as lutas entre propriedades estabelecidas no Estado Liberal, ocorreram os colapsos da civilização ocidental, as grandes guerras. Sendo necessária a transformação do Estado, para buscar a efetividade da primazia da igualdade e, conseqüentemente, estabelecer uma existência digna para os menos favorecidos.

A ideia de um direito individualista foi sendo afastada pela ideia de valorização dos interesses sociais. Esta mudança passou a ocorrer nas primeiras décadas do século passado quando, influenciado pelos movimentos sociais e a industrialização, o Estado teve de intervir na economia iniciando-se o Estado de índole social.

Após a Segunda Guerra Mundial, consolida-se o Estado Social. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens conforme afirmado no período anterior, quando a proclamação dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789 preceituava, logo em seu art. 1º, que "*os homens nascem e são livres e iguais em direitos*", cuja aplicação vinha a produzir profundas desigualdades sociais. Atribui-se, então, ao Estado, em sua nova concepção, a

⁷ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico*. Trad. Artur Mourão. Covilhão: LusoSofia, 2008, p. 43.

missão de buscar a igualdade efetiva. Para atingir essa finalidade, deveria intervir na ordem econômica e social, buscando ajudar os menos favorecidos. A preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade, gerando, diversamente do individualismo imperante no Estado Liberal, uma maior preocupação com o bem comum e interesse público. Verificou-se, contudo, que com a instauração do Estado Social de Direito e seu crescimento exacerbado, seria colocada em risco a própria liberdade individual, afetando a separação dos poderes (com o fortalecimento do Poder Executivo) e conduzindo a ineficiência na prestação de serviços.

As consequências negativas produzidas pelo Estado Social de Direito reclamaram novas transformações no papel do Estado, acrescentando-se, assim, ao Estado Social, a ideia de Estado Democrático. O Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social protetor do bem comum, passou também a ser Democrático, visando, com isso, à participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública.

No Estado Moderno, a evolução do Estado Liberal para Estado de Direito e, posteriormente, para Estado Social de Direito poderia levar a crer que o Estado Democrático de Direito seria uma simples conjunção dos termos e ideias anteriores, porém, como bem explica José Afonso da Silva:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se demonstra a extrema importância do art. 1º da Constituição

de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.⁸

O Estado Democrático de Direito se preocupa não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna. Na realidade, liberdade e dignidade se sobrepõem o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda coletividade o bem-estar social.

Em verdade, buscou-se substituir a ideia de Estado Legal, puramente formalista, por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça. Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido apenas formal. Daí, falar-se em Estado Democrático de Direito, que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito).

Kant descreve a forma democrática de governo a mais composta de todas e também a melhor “(...) primeiramente, ela une a vontade de todos para formar um povo; em seguida, une a vontade dos cidadãos para formar uma coisa pública (república); e, então, ela estabelece esse soberano, que é ele próprio a vontade unida dos cidadãos, na coisa pública.”⁹

Nesse sentido, explica Vicente de Paulo Barretto:

(...) o regime democrático é mais do que a simples manifestação da vontade da maioria torna-se um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam. A importância da recuperação da tradição Kantiana

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 123.

⁹ KANT, 2003, *Op. Cit.*, p. 182.

torna-se tanto mais urgente quanto o esvaziamento da perspectiva positivista, no contexto da cultura tecnocientífica moderna, exige a construção de um novo paradigma teórico na teoria do direito, que responda de forma consequente às exigências de legitimidade da ordem jurídica do estado democrático de direito.¹⁰

O ideal kantiano se firmava com elementos da razão e não do empirismo, elaborando os imperativos (máximas da ação humana) fundados na razão. Kant ao estruturar o sistema externo¹¹, na obra “Metafísica dos Costumes”, estabeleceu o método construtivista para tratar da tutela da pessoa humana. A concepção de sistema Kantiano também é abordada na obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”, tendo como princípio central das suas ideias o imperativo categórico de agir de acordo com a máxima que possa se tornar universal. A validade do imperativo categórico deve ser pensada como condição de possibilidade de atribuir a um ser sensível e racional uma vontade.¹²

¹⁰ BARRETO, *Op. cit.*, p. 41.

¹¹ Na especificação introduzida por Kant, no conceito de sistema de corresponder a um acúmulo de conceitos organizados segundo uma ideia, está demonstrada na máxima de que o ser humano deve progredir nas suas virtudes, buscando no conhecimento *a priori* o constrangimento necessário para o exercício da faculdade moral de respeito ao Outro.

¹² Nesse sentido expõe Karine Salgado: “Assim sendo, só possível se falar em imperativo categórico se tomarmos o homem sob o aspecto da dualidade de sua existência, senão vejamos. É pelo fato de pertencer o homem ao mundo inteligível que ele é capaz de chegar à lei moral e também ao imperativo categórico, que, como já afirmado, nada mais é que a própria lei moral. Por outro lado, se o homem não pertencesse à esfera do sensível, não faria sentido se falar em imperativo categórico, visto que este seria vazio diante de uma vontade que age necessariamente segundo os ditames da razão. O imperativo categórico expressa justamente a necessidade de uma ação para um ser que não se conduz necessariamente em conformidade com a razão.”(SALGADO, Karine, *Op. Cit.*, p. 50)

A ética exige que o ser humano aja de acordo com a natureza racional, para efetividade do princípio: “age com respeito a todo o ser racional (a ti mesmo e aos demais) de tal modo que ele em tua máxima valha ao mesmo tempo com fim em si.”¹³

Assim, o agir com ética visa garantir a saudável convivência social, por se tratar de um dever consigo mesmo, que inclui ainda o dever de “ser um membro útil do mundo, uma vez que isso também diz respeito ao valor de humanidade em sua própria pessoa, que não deve aviltar.”¹⁴

2. A evolução dos direitos naturais para os direitos humanos

O marco inicial da modernidade se deu no final do século XVIII, o seu encerramento simbólico ocorreu com a queda do Muro de Berlim, em 1989. “Nesse meio tempo, os direitos naturais proclamados pelas declarações do século XVIII transformaram-se em direitos humanos, seu escopo e jurisdição expandiu-se da França e dos Estados Unidos para toda a humanidade (...)”¹⁵

A evolução dos direitos naturais, para os direitos do Homem e os direitos humanos teve início com as declarações do século XVIII: *Declaration of Independence* (1776) e *Bill of Rights* (1791), nos nortes americanos e a *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), na França.¹⁶ As declarações traziam em seus textos introdutórios que os direitos assegurados eram universais e inalienáveis. Já no corpo das declarações havia identidade dos direitos assegurados e dos princípios que regiam a relação entre sociedade e Estado, que seguiam os preceitos dos direitos naturais,

¹³ *Ibidem*, p. 68.

¹⁴ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes. A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p.287.

¹⁵ COSTA DOUZINAS. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2009, p. 99.

¹⁶ “El influjo de estas Declaraciones americanas sobre la Declaración Francesa de 1789 no es, desde luego, discutible. Recordemos que entre 1778 y 1783 se habían publicado cuatro ediciones de un volumen que recopilaba y traducía, por iniciativa de Franklin, las Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique, que está perfectamente proplado que estuvo en las manos de los constituyentes más influyentes y que incluso fue citado con frecuencia durante el debate del que salió la Declaración de 1789. El problema es estimar el grado de esa influencia.” (ENTERRÍA, *Op. Cit.*, p. 66-67)

a sociedade livre da intervenção do Estado. As declarações esgotavam inteiramente suas legitimidades em seus atos de emancipações.

A Declaração dos Direitos do Homem (1789) influenciou substancialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), assinada três anos após a assinatura da Carta das Nações Unidas (1945), que representa o denominador comum entre as correntes ideológicas existentes nos diferentes ordenamentos jurídicos. A pessoa humana passou a irradiar as normas de direitos humanos e direitos fundamentais.¹⁷ Na modernidade, a essência jurídica era a proteção dos direitos do “homem” contra o poder do Estado.

A Comissão de Direitos Humanos (CDH) da ONU foi responsável pela negociação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Sessenta anos após sua criação, na 62ª Sessão, foi declarada extinta dando lugar ao Conselho de Direitos Humanos. A justificativa da extinção foi que a CDH dissipou “em meio à politização¹⁸ excessiva de suas decisões, abraçado a seletividade e, conseqüentemente, perdido autoridade e legitimidade.”¹⁹

¹⁷ “A pessoa se apresenta como um núcleo de irradiação de direitos. Uma vez que este fenômeno tenha sido captado nos tratados internacionais e nas Constituições, produz-se um enlace, um ponto de contato, entre o Direito Privado e o Direito Público Constitucional. Este fenômeno determina, por sua vez, o exame dos pontos de compatibilidade entre direitos humanos, que constam nas declarações dos tratados internacionais, os direitos fundamentais que declaram as Constituições e os direitos personalíssimos com origem no Direito Privado.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1998, p. 159).

¹⁸ “No jargão diplomático, a politização tem uma conotação negativa e diz respeito à interferência de uma certa concepção da política (entendida como disputa pelo poder e defesa de interesses egoístas) no processo de tomada de decisões dos órgãos multilaterais de direitos humanos. A seletividade é uma das formas pelas quais essa politização se manifesta e consiste na escolha arbitrária dos alvos do monitoramento internacional e dos países que não terão sua situação examinada, independentemente da preocupação real com a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais.” (BELLI, Benoni. *A politização dos Direitos Humanos: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 03)

¹⁹ BELLI, *Op. Cit.*, p. 02

O Conselho de Direitos Humanos foi criado em 15 de março de 2006, através da Resolução 60/251, adotada pela Assembleia Geral da ONU por 170 países, tendo 04 países contra e 03 abstenções, para revisar o sistema estabelecido pela antiga Comissão de Direitos Humanos (CDH), com vistas a criar um sistema de monitoramento mais eficaz.

As resoluções²⁰ da CDH que serviram como instrumentos para lidar com as violações de direitos humanos, nos últimos anos da CDH perderam credibilidade por servir a determinados grupos, sendo utilizadas para criticar e condenar adversários, relegando a segundo plano as questões de direitos humanos.²¹

A polarização estabelecida entre Estados dentro da CDH deu-se entre dois grupos de países: o primeiro formado por patrocinadores das resoluções condenatórias (dentre eles EUA, União Europeia e Canadá) e o segundo grupo integrado pelos que eram alvos das resoluções. A polarização dos direitos humanos nas discussões doutrinárias, na prática dos Estados e no sistema de promoção dos direitos humanos é evidenciada pelas dicotomias: direitos civis e políticos *versus* os econômicos, sociais e culturais; universalidade *versus* particularidades históricas, religiosas e culturais; democracia *versus* desenvolvimento.

²⁰ “As resoluções sobre países variam muito em conteúdo e propósito, podendo adotar linguagem mais ou menos condenatória, reconhecer avanços e/ou deplorar retrocessos na situação dos direitos humanos. De qualquer forma, o fato de um país ser objeto de resolução específica tem sido encarado como uma reprimenda moral que, em regra, acarreta constrangimento para o governo em questão. Essas resoluções, mesmo quando relativamente brandas, representam um reconhecimento da existência de situações preocupantes que merecem a atenção da comunidade internacional. As resoluções sobre países podem ser consideradas, em si mesmas, uma forma de monitoramento *latu sensu*, uma vez que contêm juízos sobre a situação de países e, na maioria das vezes, fazem solicitações ou exortam os governos a tomarem medidas para prevenir e/ou remediar abusos e violações de direitos humanos. O monitoramento *stricto sensu*, contudo, é o realizado por mecanismos independentes, inclusive os relatores especiais criados por resoluções com a missão de se debruçarem sobre as situações no terreno e oferecerem análise e recomendações tanto para o Estado monitorado quanto para outros atores relevantes. (BELLI, *Op. Cit.*, p. 04)

O principal interesse de países como o Brasil, no que tange o Conselho de Direitos Humanos da ONU, diz respeito à “função de seus compromissos internos, não pode ser o de eliminar por completo a pressão política, cuja função foi e continuará a ser importante para a proteção dos direitos humanos, mas criar instrumentos que condicionem essa pressão ao tratamento mais objetivo possível das situações.”²²

O papel ativo da ONU na vertente libertária dos direitos humanos, hoje, é utilizada como instrumento pela política de poder²³; outrora, foi impulsionada em grande parte pelos movimentos sociais de vários países, incluindo o Brasil. Tais medidas são contrárias ao princípio Kantiano de autorrespeito e respeito ao próximo, que violam o dever de respeito inerente às pessoas como seres racionais, que detêm humanidade:

O respeito Kantiano, no entanto, é o respeito pela humanidade em si, pela capacidade racional que todos possuímos. Isso explica por que a violação de respeito de uma pessoa a si mesma é tão condenável quanto à violação de respeito pelo próximo. E explica por que o princípio Kantiano do respeito aplica-se às doutrinas dos direitos humanos de todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conhecimento que temos deles, simplesmente porque são seres

²² BELLI, *Op. Cit.*, p. 07.

²³ A conclusão é a de que, no período pós-Guerra Fria, os “violadores mais sérios” ficaram mais sujeitos a serem alvos de resoluções que no período anterior. Os autores também lançam mão de um índice de poder, baseado em critérios militares e econômicos, para asseverar que, com o fim da Guerra Fria, os mais poderosos tiveram sua situação debatida com mais frequência do que no passado. No entanto, mantiveram a capacidade de evitar sua condenação por parte da CDH com muito mais eficácia do que os países “fracos”. *Ibidem*, p. 107.

humanos, seres racionais e, portanto, mercedores de respeito.²⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é criticada por expressar a marca ocidental-liberal do discurso dominante dos direitos humanos, por ter sido “elaborada sem a participação da maioria dos povos; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação (...); na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos; sociais e culturais.”²⁵

No que tange o argumento que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) foi elaborada sem a participação da maioria dos povos²⁶, deve-se recordar que a época a ONU contava com 58 Estados membros, vários territórios ainda eram domínios coloniais e grupos representativos de várias culturas e religiões estiveram presentes. No decorrer dos anos, “reconheceu-se que boa parte da Declaração se integrou ao direito costumeiro internacional, tornando-se assim obrigatório para todos.”²⁷

Na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena (1993), em que participaram 171 Estados, 95 observadores de organismos e 841 ONG's, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi rechaçada pelos países asiáticos²⁸ contrários à universalidade dos direitos humanos, por

²⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa.** Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.155-156.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma concepção multicultural dos direitos humanos.** Contexto Internacional: Rio de Janeiro, vol. 23, n. 1, p. 7-32, jan/jun, 2001, p. 17.

²⁶ A Declaração foi adotada pela Assembleia Geral por 48 votos a favor, nenhum contra e oito abstenções (África do Sul, cujo sistema racista não poderia aceitar a ideia de igualdade; Arábia Saudita, contrária aos dispositivos sobre igualdade entre sexos e liberdade religiosa; e os países socialistas, a saber, Ucrânia, Bielorrússia, Tchecoslováquia, Polônia, Iugoslávia e URSS, que consideraram ter sido dada pouca ênfase aos direitos econômicos, sociais e culturais e às obrigações dos indivíduos para com a coletividade. Dois Estados não compareceram à votação. (BELLI, *Op. Cit.*, p.45)

²⁷ BELLI, *Op. Cit.*, p.45.

²⁸ Países como Cingapura e Malásia foram particularmente ativos na defesa da especificidade asiática e no caráter ocidental e limitado da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em geral, o que se notava nos discursos desses países e de outros, como China, Indonésia e Mianmar, era a visão segundo a qual a concepção ocidental de direitos humanos privilegiava o

entenderem que o argumento de diversidade cultural é sempre favorável o Estado e utilizado para justificar o exercício arbitrário do poder.²⁹

Destaca-se que há expressamente no documento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993) parâmetros que reconhecem a universalidade³⁰ dos direitos humanos sem exceção, sem deixar de reconhecer a importância das particularidades culturais, representando um avanço na busca de impedir que sejam utilizados, “na *épistémé* pós-moderna, economicamente globalizada e culturalmente antiuniversalista, como disfarce legitimante de um sistema universal falsamente livre, ético de fachada e desumano no conteúdo.”³¹

individualismo, em detrimento da coletividade ou das obrigações dos membros da sociedade perante a comunidade. Além disso, não eram incomuns alegações de que os direitos individuais faziam pouco sentido em meio à pobreza extrema e à falta de desenvolvimento. Nesse sentido, o sacrifício de direitos civis e políticos no sentido ocidental seria necessário para estabilidade e para garantia da satisfação de necessidades mais básicas. (BELLI, *Op. Cit.*, p.98.)

²⁹ Nesse contexto, a reação asiática foi em parte resposta ao etnocentrismo ocidental: “Assim, a boa causa do respeito à diversidade cultural e ao pluralismo é distorcida para justificar abusos de direitos individuais. A história, a cultura e a religião são invocadas para justificar o que não pode ser justificado à luz de uma análise objetiva. Tanto o etnocentrismo de certos países poderosos quanto a reação particularista tendem a perpetuar a interpretação da história da humanidade que considera os direitos humanos, sobretudo os civis e políticos, uma invenção do Ocidente, ajudando a fortalecer a tese de diferenças civilizacionais baseadas em identidades comunitárias ontológicas e unidimensionais.” (BELLI, *Op. Cit.*, p.99)

³⁰ O parágrafo 5 do documento de Viena (1993) afirma textualmente que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependente e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e sociais.” (<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>)

³¹ ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações Internacionais e Temas Sociais: A Década das Conferências*. Brasília: Funag/Ibri, 2001, p. 148.

Na sociedade democrática contemporânea³², há multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais e concepções sobre a vida digna, que constituem o que designamos pluralismo, que confere prioridade à comunidade em relação ao indivíduo. “Precisamente porque os sujeitos primários dos valores são as comunidades históricas específicas – e a correção exclusiva de sua efetiva aceitação – indivíduos estão integralmente vinculados às culturas que eles criam e compartilham.”³³

Os direitos humanos, no seu contexto mais simples e abstrato, porém intenso que é o “direito de ter direitos”, abrangendo não somente às proteções inerentes ao ser humano e ao seu “direito de ser gente”, sustentam-se na percepção de que somos iguais em nossa integralidade e em nossos direitos, e somos diferentes em nossas singularidades. Portanto, o valor da equidade – tanto como princípio e processo de compreensão e tratamento da pluralidade³⁴, quanto princípio e processo de enfrentamento e desconstrução das desigualdades – precisa ser considerado pelas políticas públicas.³⁵

Para assegurar a universalização dos direitos humanos, através da execução de políticas públicas se faz necessário respeitar e garantir o acesso ao mínimo que permitam uma vida digna.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2006) preconiza “uma concepção contemporânea de direitos

³² A democracia como ruptura da trajetória de uma sociedade estabelece a discussão sobre os elementos culturais dessa mesma sociedade, tendo o procedimentalismo origem na pluralidade das formas de vidas existentes nas sociedades contemporâneas.

³³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 86.

³⁴ No Brasil, para romper com as desigualdades sociais que marcam as condições de vida dos grupos historicamente excluídos e que são perzententes às camadas mais desfavorecidas economicamente, é necessário reconhecer a pluralidade que marca a sociedade brasileira em suas diversas dimensões – étnico-racial, de gênero, classe social, região, cultura, religião, orientação sexual, identidade de gênero, geração e deficiência – sem perder de vista suas particularidades. Aprender tais dimensões é requisito incontornável para a construção dos direitos humanos.

³⁵ *Idem*

humanos incorpora os conceitos de cidadania democrática, cidadania ativa e cidadania planetária, por sua vez inspiradas em valores humanistas e embasadas nos princípios da liberdade, da igualdade e da equidade e da diversidade”.³⁶

Considerações Finais

As transformações ocorridas na forma de Estado distanciaram o ser humano da busca do aperfeiçoamento das virtudes em relação a outros seres humanos, principalmente, no Estado Liberal.

Durante as lutas entre propriedades estabelecidas no Estado Liberal, ocorreram os colapsos da civilização ocidental, as grandes guerras. Sendo necessária a transformação do Estado, para buscar a efetividade da primazia da igualdade e, conseqüentemente, estabelecer uma existência digna para os menos favorecidos.

Os direitos naturais progenitores dos direitos humanos foram sendo tratados em documentos internacionais, que serviram de denominador comum entre as correntes ideológicas sobre os direitos humanos nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Na pós-modernidade, a discussão sobre os direitos humanos sob o prisma da moral demonstra que o exercício do aprimoramento das virtudes, está na autonomia da vontade de não tratar o Outro como meio. O ser humano ao criar sistemas viciados pela ganância (vício do ódio aos seres humanos) impõe a outros sacrifícios ilegítimos e a condição de meio, que é contrário ao imperativo categórico Kantiano de agir de acordo com a máxima que possa se tornar universal.

Referências bibliográficas

ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações Internacionais e Temas Sociais: A Década das Conferências*. Brasília: Funag/Ibri, 2001.

³⁶ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Direitos Humanos*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos / Presidência da República. Ministério da Educação. Ministério da Justiça. Disponível em: portal.mec.gov.br/component/docman/?task=doc_download&gid. Acesso em 14 de dezembro de 2016.

A universalização dos Direitos Humanos na vertente Kantiana

- BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BELLI, Benoni. *A politização dos Direitos Humanos: o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- COSTA DOUZINAS. *O Fim dos Direitos Humanos*. Trad. Luiza Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos - La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes. A Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude*. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- _____. *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico*. Trad. Artur Mourão. Covilhão: LusoSofia, 2008.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de Justiça em Kant*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant – Atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Contexto Internacional: Rio de Janeiro, vol. 23, n. 1, p. 7-32, jan/jun, 2001.
- VEIGA, Fábio da Silva; SILVA, Érica Guerra. “Empresa e Direitos Humanos: da governança corporativa à responsabilidade social”, in: *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Ano 2 (2016), nº 4, p. 603-631, Universidade de Lisboa.

O acesso à justiça constitucional no Brasil e a questão dos litigantes organizacionais

MANUELA BRAGA GALINDO¹
GIOVANNI MAGALHÃES PORTO²
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Introdução

Oliver Wendell Holmes Jr, juiz da Suprema Corte Americana no início do séc. XX, ensina que existe pretensão daqueles que manipulam o direito de criar teoria da predição. Isto é, estudam a legislação e as decisões anteriores para tentarem prever o que pode acontecer em todos os demais litígios. Essa teoria da predição é desenvolvida pelo *bad man*, o jurista que acredita que pode matematizar o direito e, com isso, apropriar-se do direito de acordo com seus interesses.

As generalizações são reduzidas a um número finito de dogmas que servem para fundamentar as predições. Se um estudioso do direito quer conhecer esses dogmas e nada mais, de modo a predizer resultados, Holmes o chama de *bad man*. O *good man*, por sua vez, encontra suas razões de conduta, seja fora ou dentro do direito, em sanções da consciência. O *good man* entende que este deve ser encarado como um processo vivo e mutável, em que não se pode falar em predição.

Sua teoria dialoga fortemente com a questão do acesso a justiça e dos litigantes organizacionais, problema que se observa no judiciário brasileiro. O judiciário do ponto de vista constitucional é pensado em termos de acessibilidade, isto é, o

¹ Mestre e Doutoranda em Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do CCJ/UFPB. Email: manuelabraaga@gmail.com

² Mestre e Doutorando em Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do CCJ/UFPB. Email: giovannimaiporto@gmail.com

cidadão brasileiro deve ter a confiança para contar com esse Poder caso tenha direito violado, bem como que ele vai resolver a demanda em tempo razoável.

No entanto, o que se observa com mais frequência é a composição dos processos no Brasil quase sempre com os mesmos personagens. Tanto no polo ativo quanto no passivo dos processos é possível observar os mesmos litigantes. O interesse dos sujeitos em se submeter a diversos processos se dá para que possam testar estratégias, garantindo maior expectativa de resultados positivos no futuro. Com o maior número de casos também é possível diluir os custos dos processos. Da mesma forma, é possível desenvolver relacionamentos dentro do sistema judiciário. Além da própria experiência adquirida com o maior número de litígios. Assim, é possível dizer que a confiança e conduta desses litigantes muito se coaduna com a teoria da predição e do *bad man* de Holmes.

Pesquisa da AMB mostra esses litigantes habituais, revelando que, muitas vezes, 50% das demandas judiciais são iniciadas por uma dezena ou pouco mais de litigantes. Isso mostra como os magistrados ficam afogados com número de mandas que excedem suas capacidades e prejudica o acesso à justiça, criando um sistema judiciário moroso.

Nesses termos, tem-se que a pergunta inicial do trabalho é o Judiciário brasileiro é capaz de garantir o direito fundamental de acesso à justiça? A análise inicial da temática indica que o acesso à justiça é prejudicado pelos litigantes organizacionais que afogam o magistrado com demandas repetitivas, confiando-se e aperfeiçoando sua capacidade de predição e representando o *bad man* de Holmes.

Assim, no primeiro capítulo vai-se apresentar o marco teórico da pesquisa, o jurista realista estadunidense Oliver Wendell Holmes Jr. No segundo capítulo é necessário desenvolver a ideia do que é acesso à justiça e o problema dos litigantes organizacionais. Por fim, vai-se demonstrar como os litigantes organizacionais prejudicam o acesso à justiça, contribuindo com a morosidade, o que se faz através do relatório da Associação dos Magistrados Brasileiros de 2015.

1. Holmes, a teoria da predição e o papel do *bad man* no acesso à justiça

Oliver Wendell Holmes Jr. é um dos teóricos de referência do realismo jurídico estadunidense. Considerado jurista e filósofo, Holmes atuou como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932, discordando frequentemente de opiniões formalistas, o que garantiu o apelido *the great dissenter*, ou, *prolataador de votos vencidos*. Suas opiniões foram com o tempo confirmadas, analisando-se historicamente, portanto, Holmes antecipou muitas das mudanças jurisprudenciais dos Estados Unidos no século XX.

Viveu em Boston a maior parte da sua vida, pois seu pai era professor da universidade de Harvard, por isso conviveu com a elite do pensamento pragmático filosófico norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e de William James, com quem se reunia freqüentemente, em agremiação filosófica que fundaram, o *Clube Metafísico*. O Clube Metafísico era uma reunião de jovens céticos, mais interessados em achar respostas palpáveis aos questionamentos, contrariando a ordem filosófica de discussões abstratas³.

O pragmatismo, a corrente filosófica fundada dessas reuniões, nasceu propriamente com a publicação “Como tornar nossas ideias claras”, de Peirce. A intenção não era criar uma nova filosofia, mas apenas trazer para o mundo o que já se discutia no Clube Metafísico. Peirce intencionava puramente demonstrar como as discussões metafísicas, baseadas em pensamentos abstratos e afastados da realidade, não proporcionam conclusão nenhuma, apenas a infinidade do debate. Assim sendo, o pragmatismo é a medida exata, enquanto provável, entre idealismo e materialismo, se propondo a analisar ceticamente as experiências e daí tirar conclusões que promovem uma compreensão clara da realidade. Holmes assim fomentou o que viria a ser o realismo jurídico, uma corrente filosófica marginal e dedicada a experimentação ao invés do formalismo; incorporou as premissas pragmáticas no direito, fundando o realismo jurídico americano⁴.

³ WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007, p.17.

⁴ FERNANDES, Manuela Braga. **Uma análise do princípio da segurança**

Por causa da postura inovadora Holmes é considerado espécie de herói do direito estadunidense. Benjamin Cardozo, outro importante nome do realismo jurídico, considerava-o o jurista mais perfeito do seu tempo. Jerome Frank, magistrado e também teórico do realismo estadunidense, criou o termo juiz maduro para se referir àquele que conhece a lei, reconhece os fatos e admite que tem diante de si, a depender das peculiaridades do caso, uma oportunidade em que precisa legislar. Para ele essa é uma das responsabilidades de ser magistrado e apenas um, Holmes, magistrado genuinamente conheceu e admitiu essa responsabilidade, diz Frank⁵.

A influência de Holmes também alcançou o *Law and Economics*, ou Direito e Economia, corrente teórica que tem hoje Richard Posner como um dos seus mais proeminentes nomes, que também se viu influenciada por Holmes. Ele acreditava que a interpretação do direito deve se dar à luz de opções que possibilitem a maximização da riqueza. Holmes incitava aos juízes a estudarem economia e estatística, bem como pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deveriam ser claramente identificadas, comprovando a ideia de Frank de que era efetivamente um juiz maduro.

Holmes criticou o formalismo ao afirmar que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente. Holmes repudiava a lógica e a utilidade na concepção e na prática do direito, observando que é falácia se imaginar que o desenvolvimento do direito seria o resultado da utilização de métodos lógicos⁶. Para Holmes, os juizes primeiro decidem; e depois encontram a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada⁷. Para ele:

jurídica através do realismo de Jerome Frank: a aceitação da incerteza no direito. 24/03/2015. 100p. Dissertação de mestrado. UFPB/João Pessoa. P.70.

⁵ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice.** Princeton: Princeton University Press, 1973, p.157.

⁶ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes.** Chicago: Chicago University Press, 1992, p.166.

⁷ Idem, 1991, p. xiii.

(...) A preparação de advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, separação e dedução são aqueles nos quais o advogado se sente com maior familiaridade. A linguagem das decisões judiciais é basicamente uma linguagem lógica (...) Porém a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente (...) Pode se dar para qualquer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre se encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida?⁸.

Assim, Holmes parece concordar com a ideia da retórica de que o direito é relativo, a medida que depende de juízos de argumentação, afastando a racionalidade apodítica aristotélica da lógica e abraçando a racionalidade retórica. Entre a racionalidade lógica passível de demonstração e a pura arbitrariedade existe o campo da razoabilidade. Assim, a tópica é a racionalidade da argumentação razoável ou provável. Não se trata de opinião ou crença, pois essas são arbitrárias, mas de *endoxia*, ou *boa opinião*. Que significa boa opinião? Trata-se da opinião que pode convencer; aquela que, aceitas as premissas, torna-se razoável⁹.

Dessa forma, Holmes admite que o direito não é campo da lógica, mas da dialética, da discussão. A sua principal ideia é que o direito não é lógica, é experiência. Assim, o direito nasce

⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992, p.167.

⁹ ARISTOTELES. *Tópicos*. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007, p.234.

não apenas da norma escrita, mas da vivência nesta através do Judiciário.

No entanto, Holmes ensina que existe pretensão daqueles que manipulam o direito de criar teoria da predição, tentando torna-lo próprio da lógica. Isto é, estudam a legislação e as decisões anteriores para tentarem prever o que pode acontecer em todos os demais litígios. Essa teoria da predição é desenvolvida pelo *bad man*, o jurista que acredita que pode matematizar o direito. Seguindo as ideias deixadas por Holmes, o direito é uma predição de uma possível reação do Estado em relação a uma conduta de um agente. A personificação do Estado nos casos concretos se dá na figura do magistrado, bem como a reação do Estado vai se dar em relação aos fatos tomados no processo ainda na primeira fase.

Holmes diz que quando se está estudando o direito está estudando uma profissão. A razão pela qual a advocacia tornou-se uma profissão, pela qual as pessoas pagam pelos serviços advocatícios, é que o comando da força pública, do uso legítimo da força do Estado, está na voz dos juízes. As pessoas querem saber então de um especialista qual a gravidade do risco na sua ação judicial ou se o litigante contrário tem ou não um caso mais forte. Dessa forma, transforma-se num negócio descobrir os perigos e os atalhos das ações judiciais. Com essas reflexões Holmes explica que seu objeto de estudo é a predição, a previsão da incidência da força pública através dos instrumentos judiciais.

A predição é formulada através do estudo de todo material jurídico produzido. A produção jurídica que pode englobar jurisprudência, legislação, principiologia e doutrina é, assim, oráculo da lei. Os esforços dos operadores legais são, dessa forma, no sentido de tornar as profecias mais precisas¹⁰.

Para isso, fazem-se generalizações a partir do conjugado de leis e jurisprudência ou, no caso de Holmes, de precedentes, demonstrando que, geralmente, diante do fato X tem-se o resultado Y. Em seguida, num caso concreto, são levantados os

¹⁰ HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law* [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. 2006.

fatos de natureza relevante para o direito, de modo que se tem um modelo que pode ser alocado numa das generalizações anteriormente preparadas. Assim, o trabalho legal é predizer que, se um homem fizer ou deixar de fazer algo, ele poderá ou não ser levado a responder por isso por uma corte.

As generalizações desses operadores do direito são reduzidas a um número finito de dogmas que servem para fundamentar as predições. Se um estudioso do direito quer conhecer esses dogmas e nada mais, de modo a predizer resultados, Holmes o chama de *bad man*. O *good man*, por sua vez, encontra suas razões de conduta, seja fora ou dentro do direito, em sanções da consciência. O *good man* entende que este deve ser encarado como um processo vivo e mutável, em que não se pode falar em predição¹¹.

O *bad man* está interessado nas consequências práticas que podem advir da violação da lei e em comum evitar que essas consequências sejam efetivamente institucionalizadas pelo Judiciário naquele caso concreto. O termo *bad man* é comumente traduzido do inglês pelos estudiosos brasileiros como “bandido”. Essa não é tradução feita neste trabalho por trazer consigo uma não que não parece correta. Não é que o *bad man* seja um criminoso, ele é apenas o indivíduo, advogado ou litigante, que não importa com a ética ou noções abstratas de certo ou errado. O *bad man* que Holmes se refere não exatamente aquele que violou a lei, mas o que, dentro do litígio, usa das manobras necessárias para dobrar o processo e garantir resultado positivo.

O *bad man*, portanto, tenta manipular o direito através da predição. Com a experiência processual, mais que a teoria, ele se posiciona na fronteira entre o legal e o ilegal, o certo e o errado, sem necessariamente atravessá-la. Ele se interessa apenas nas consequências que viverá se violar a lei, nada mais. É assim que Holmes pensa o direito, portanto, o direito é a prática de tentar conhecer o resultado da lide de antemão, como os juízes vão julgar os casos. O juízo de previsibilidade por parte do advogado

¹¹ HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law* [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. 2006.

seria o núcleo de exercício da profissão, um ofício prático como outro qualquer, nada de ciência, de problematizações metafísicas ou de cogitações transcendentais¹².

Holmes insistia que os parâmetros de uma decisão são puramente práticos, e que jamais poderiam ser apreendidos da gramática ou da lógica. No entanto, Holmes avisava do perigo de se ter o Judiciário preenchido por *bad men*:

Pode se ver que um bad man tem tanta razão quanto tem um homem correto para evitar as forças públicas, que representam a justiça, e disso conseqüentemente pode se deduzir a importância prática da distinção entre moralidade e direito. Um homem que não liga nada para uma regra ética praticada por seus vizinhos, provavelmente não ligará muito para evitar ser forçado a pagar alguma coisa na tentativa de ficar fora da cadeia, se isso conseguir¹³.

Nesses termos, Holmes compreendia a importância da moralidade no exercício da prática jurídica e, com isso o prejuízo do *bad man* para o direito. Esse trabalho pretende, portanto, identificar qual o problema para a concretização do acesso à justiça no Brasil tomando como parâmetro a identificação desse *bad man* e seu descaso com a ética e moralidade na prática processual. É o que faz a partir do próximo capítulo.

2. Os litigantes organizacionais como representação do *bad man*

O conceito de “acesso à justiça” restou influenciado, nos últimos anos, pela evolução dos direitos humanos, na medida

¹² HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. xi.

¹³ *Ibidem*, p.161.

em que as dimensões de igualdade e solidariedade social impuseram modificações aos ordenamentos jurídicos, especialmente ao brasileiro, de modo a incluir em sua proteção os direitos difusos e coletivos; notadamente, em relação a maior garantia em favor dos consumidores e proteção ambiental, dentre outros, que obrigatoriamente trouxeram necessidade de repensar o Poder Judiciário e a advocacia, com vistas a efetivar tais direitos.

Nesse caminho por maiores efetividade e acesso à justiça, vislumbra-se facilmente que o jogo do processo pode se comportar como um jogo estritamente competitivo, isto é, um jogo de soma zero¹⁴, onde a lealdade processual pode se resumir, apenas, a um discurso retórico, pois alguns tipos de litigantes vão utilizar suas armas e posições privilegiadas (economicamente, estrategicamente) não para que a justiça seja feita, mas para vencer o pequeno litigante pelas deficiências que o mesmo possui em reconhecer direito, custear o processo, esperar o deslinde da matéria. Ou seja, mesmo que não possua um bom direito o litigante privilegiado poderá facilmente dificultar o resultado final da ação, potencializando perdas.

A predição aí teria uma finalidade utilitarista, onde o litigante poderia não apenas reconhecer bons direitos, mas até mesmo vislumbrar a sua inexistência; agindo a partir de tal constatação, com todos os meios que possua para impedir o resultado processual adverso. Observa-se, assim a personificação do *bad man* de Holmes, que agiria para evitar os efeitos das sanções externas, isto é, de impedir a ocorrência do resultado finalístico do trânsito em julgado de uma decisão efetivadora do acesso à justiça.

Contudo, para alguns, essa “pele de cordeiro” do *bad man*, escovada pela coercibilidade da sanção, com o passar do tempo, poderia permitir a interiorização de comportamentos servindo para transformá-lo em *good man*, como se observa das seguintes citações:

If I do live with others they tell
me that I must do and abstain

¹⁴ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos para curso de administração e economia**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p173-174.

from doing various things or they will put the screws on to me. I believe that they will, and being of the same mind as to their conduct I not only accept the rules but come in time to accept them with sympathy and emotional affirmation and begin to talk about duties and rights.¹⁵

The law is the witness and external deposit of our moral life. Its history is the history of the moral development of the race. The practice of it, in spite of popular jests, tends to make good citizens and good men.¹⁶

Essa utópica interiorização comportamental, sob o espectro analítico processual somente pode ser pensada não como algo interno ao *bad man*, mas por forças externas, não apenas de comando sancionatório de norma secundária, mas pela regulação do acesso à justiça protegendo-se os litigantes ocasionais dos litigantes habituais. Para tanto, é absolutamente necessário repensar o acesso à justiça não somente como o direito à simples distribuição do feito, mas como propositura, desenvolvimento e efetivação do comando judicial.

A partir de tal contextualização, é possível observar a existência de um problema epistemológico no tocante a definição do que realmente se pretende garantir de acesso aos cidadãos¹⁷, em uma mudança de paradigma de justiça civil para justiça cívica,

¹⁵ JIMENEZ, Marco. **Finding the good in Holmes's bad man.** *Fordham Law Review*. 2011. Vol. 79. p. 2117.

¹⁶ *Ibidem*, p. 2106.

¹⁷ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? **Cidadania, justiça e violência**. Org. Dulce Pandolfi (et al). Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p.63.

a qual exige o papel decisivo dos advogados em “ir além da representação de pleitos civis individuais, para articular direitos mais coletivos”, tais como políticos, civis, sociais e econômicos.

Com base nesse entendimento pode-se afirmar que o acesso à justiça depende da análise micropolítica (atribuindo relevância ao posicionamentos dos atores: juiz e advogado), em razão da qual a ética deve ser considerada¹⁸:

(...) objetivo enfatizar que não devemos nos confinar neste nível macropolítico, considerando apenas as aplicações e significados da justiça distributiva ou corretiva, termos geralmente definidos no sentido aristotélico. Ao contrário, é hora de examinar também, no nível micro, as compreensões particulares de justiça alcançadas por membros individuais da profissão jurídica: o movimento contemporâneo de acesso à justiça precisa voltar sua atenção para o novo tema da ética profissional.

Note-se que esse texto correspondeu ao trabalho publicado no “Seminário Internacional Justiça e Cidadania”, realizado em 1997, no Rio de Janeiro, dezenove anos após a clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada de “Acesso à Justiça”, de 1978, que comparou os sistemas judiciais de países europeus e Estados Unidos, objetivando mensurar o grau de alcance da população a uma prestação jurisdicional razoável e satisfatória.

No estudo, conseguiu-se identificar pontos de estrangulamento do sistema judiciário, precisamente:

¹⁸ Ibidem, p.63.

“possibilidade das partes”; “valor da causa”; “custas” e “tempo de tramitação”, percebendo-se que para alguns litigantes o processo não se constitui um incômodo, pois, ponderando sob a ótica dos custos e benefícios, a possibilidade de insucesso em percentuais de demandas, observaria ser mais vantajoso incorrer nos mesmos fatos que originariam as causas de pedir remotas, do que buscar uma nova adequação comportamental que evitasse os litígios.

Pertinente, como observado por Cappelletti e Garth (1988, p.7), foi a expressão “possibilidade das partes” que foi utilizada, pela primeira vez, pelo Prof. Marc. Galanter, e repousa na “noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas, em relação a um litigante comum”. Essas vantagens envolveriam três características primordiais, sendo a última, na verdade, decorrente das duas primeiras. É o que se passa a discutir a partir do próximo capítulo, demonstrando as ideias através dos relatórios de domínio público oferecidos pela OAB, Associação Brasileira dos Magistrados e o CNJ.

3. As vantagens do litigante habitual e o prejuízo ao acesso à justiça advindo do domínio do *bad man*

Os litigantes organizacionais gozam de alguns privilégios em relação aos demais litigantes que podem ir desde a superioridade dos recursos financeiros até a experiência em litígios. Essas vantagens permitem algumas observações acerca do acesso à justiça no Brasil.

3.1 A primeira vantagem estratégica: capacidade econômica

A primeira das vantagens é a disponibilização de “recursos financeiros”, aplicando-se aos entes estatais, pessoas ou empresas, financeiramente fortes, que considerariam a judicialização de uma questão como uma alternativa barata¹⁹, e até, muitas vezes, mais lucrativa que uma alternativa não judicial.

¹⁹ Nos EUA o custo de honorários é calculado por hora, variando de acordo com a experiência profissional do patrono. BURDGE (2011, p.49), apresentou um relatório sobre o perfil dos escritórios de advocacia especializados em Direito do Consumidor nos EUA, no período 2010-2011,

A título de exemplo, poderíamos citar o caso da cobrança de uma tarifa de financiamento de veículo, onde apenas um percentual dos celebrantes de contratos com cláusulas discutíveis, demandará na justiça, e deste total, apenas uma pequena parte obterá êxito no caminho até a última instância, sendo mais vantajoso para a instituição financeira a manutenção da cláusula discutida, vez que terá tido vantagem em todos os outros contratos em que não houve demanda, ou não houve sucesso para o consumidor.

Mesmo no tocante aos processos em que tenha perdido, ante a fragilidade do sistema de precedentes no Brasil, ao contrário nos EUA, onde a existência de ações na justiça, prejudica operações de captação de recursos em bolsas de valores, as instituições financeiras ainda terão vantagens, pois a correção monetária e aplicação de juros legais é infinitamente menor do que os cobrados do mercado financeiro, do que se conclui que ser demandado, para alguns, pode ser um bom negócio, principalmente, quando se potencializa em um quadro de passividade do julgador no tocante a colheita da prova.

2.2 Segunda vantagem estratégica: disposição para litigar

A segunda vantagem é a “aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação ou sua defesa”, isto é, muitas pessoas físicas, órgãos estatais ou empresas já contam com um departamento jurídico permanente, tornando muito mais simples as etapas de “reconhecer direitos” e ter aptidão para judicializá-lo, quando comparado com um cidadão comum, que muitas vezes não apenas por características históricas e sociológicas teme até comparecer perante um magistrado em uma demanda cível.

Com efeito, outros pontos de estrangulamento do sistema, também reconhecidos no Relatório Florença, servem para compreensão das limitações impostas ao cidadão comum em

apontando a título de exemplificação que na Região de New York a média da taxa horária ficava acima de U\$ 262,00, havendo, no entanto, 47,8% de advogados que cobriam acima de U\$ 325,00, e 14,8 %, mais experiente, que cobriam acima U\$ 425,00.

propor uma demanda, dos quais se destacam: o valor da causa, custas judiciais e tempo de tramitação, que examinaremos a seguir.

2.2.1 Valor da causa e custas judiciais

O valor da causa se relaciona diretamente com os custos processuais, de modo que em demandas pequenas o custo pode não compensar a judicialização da matéria objeto do conflito. Por exemplo, o Relatório Florença²⁰ indicou que na Alemanha Ocidental (República Federal Alemã), uma causa de valor de U\$ 100.00 (cem dólares) possuiria um custo de U\$ 150.00 (cento e cinquenta dólares), tornando inviável a busca pela justiça.

O nosso “sistema de sucumbência”, previsto no art. 20 e ss. do CPC, é semelhante aos sistemas adotados na Inglaterra e França, serve de desestímulo ao acesso à justiça, pois obriga o vencido a reembolsar o vencedor no tocante às verbas adiantadas pelo mesmo no curso do processo²¹. Não bastasse isso, o art.86, da Lei nº 13.105/2014, Novo Código de Processo Civil, proibiu a compensação de honorário no caso de sucumbência parcial (§ 14) e garantiu os honorários aos advogados públicos (§19).

Ademais, as custas judiciais em alguns estados podem atingir o patamar de quase 10% (dez por cento) do valor da causa, como demonstra a tabela confeccionada com dados da OAB ²²:

²⁰ CAPPELLETTI GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.19.

²¹ CAPPELLETTI GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.19.

²² Dados divulgados no folder “O acesso à justiça é direito de todos. Facilitar o acesso é nosso dever” entregue em 26 de outubro de 2005, pela OAB/PB, na subseção de Campina Grande, por ocasião da visita do presidente nacional da OAB, Bel. Roberto Bustato, posteriormente distribuída no Fórum Afonso Campos, da mesma cidade. (Tais valores, mesmo sem atualização, foram ratificados em documento da OAB/PB de 2010, encaminhado ao Executivo, em que se discutiu a redução das custas na Paraíba: Disponível em: <http://www.pbagora.com.br/conteudo.php?id=20100902142202&cat=parai ba&keys=pb-tem-custas-processuais-mais-caras-pais>. Acesso em 21 set. 2015.

Tabela nº. 01 – Tabela de custas por Estado da Federação

ESTADO	AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 30.000,00	AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 20.000,00	AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 15.000,00	AÇÃO EXECUTIVA EXTRAJUDICIAL COM VALOR DA CAUSA DE R\$ 50.000,00
B	3.091,58	2.061,38	1.486,39	5.391,57
E	617,15	437,1	347,1	92,18
N	288,00	192,0	144,0	80,00
L	663,91	524,2	451,5	54,64
A	877,31	736,9	552,7	1.044,43
E	678,55	607,0	607,0	93,26
A	1.429,50	759,5	574,5	1.809,50
I	1.285,00	945,0	727,7	2.110,00
E	553,00	408,0	553,0	48,00
C	900,00	600,0	450,0	1.500,00
M	1.353,00	1.139,00	854,0	1.502,00
A	1.359,60	812,2	678,6	1.359,60
O	450,00	300,0	225,0	50,00
R	170,00	95,00	95,00	20,00
P	363,25	256,5	210,9	52,35
O	720,00	550,0	420,0	1.200,00
F	321,75	321,7	148,8	21,79

O	,99	592	8	289,9	9	357,9	09,49	9
S	,60	508	8	357,9	8	280,3	31,20	7
T	,44	611	7	590,0	7	590,0	67,75	7
S	,24	805	6	553,5	3	443,3	69,81	7
G	,61	462	3	307,3	3	215,1	53,19	5
J	,89	786	8	546,2		38,83	1.110,98	
P	,00	300	0	200,0	0	150,0	00,00	5
R	,00	751	0	731,0	0	721,0	91,00	7
S	,00	610	0	500,0	0	400,0	10,00	9

Fonte: Dados divulgados no encarte da OAB/PB: O acesso à justiça é direito de todos. Facilitar o acesso é nosso dever.

Da análise dos dados acima elencados, constata-se que a Paraíba possuía, e ainda possui, um valor de custas que ultrapassa o percentual de 10% (dez por cento), algo que vem de muitos anos, sem melhoria significativa. Em razão disso em 2005, o Presidente da OAB Nacional, Roberto Busato, comparou às custas na Paraíba a uma derrama,

[...] Será que o povo da Paraíba tem recursos financeiros muito maiores que o povo pernambucano? ” E, alertando para a necessidade de se efetivar este direito arrematou:” Dando acesso à Justiça a essas pessoas, se garante a elas o mínimo de seus direitos fundamentais. E garantindo esses direitos, você acaba, realmente, promovendo a diminuição dos índices de

miséria, dos índices de exclusão²³.

Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ busca uma padronização das tarifas de modo a diminuir as discrepâncias entre unidades federativas as quais, como afirmado pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn, muitas vezes variam de R\$ 2 mil para R\$ 100 mil²⁴.

Os litigantes necessitados preferem suportar a violação aos seus direitos, a investirem recursos que não possuem, no pagamento de custas e despesas, ou no risco de terem negado seu pedido de concessão de gratuidade, sobretudo quando o sistema de juizados especiais, imaginado como solução para esse problema, há muito foi relegado a um papel secundário nas prioridades dos judiciários estaduais.

A Paraíba, no entanto, continua com uma das custas mais altas do Brasil, tanto que o Presidente da OAB Nacional, Marcos Vinicius Furtado Coêlho, reiterou o apoio na luta pela unificação das custas, afirmando que: "as custas judiciais não podem ser inacessíveis aos cidadãos, porque a Constituição da República assegura o direito de acesso à Justiça. Isso significa que, tal qual a educação e saúde, não podem ter um valor exorbitante"²⁵.

2.2.2 Tempo de tramitação

Ao lado dos aspectos relativos à onerosidade, também se constitui como ponto de estrangulamento do sistema processual a variável que se denomina “tempo de tramitação”.

²³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO FEDERAL. Site. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/5287/busato-custas-na-pb-lembram-monarquia-derrama-e-confisco>>. Acesso em 19 set.2015.

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Agência CNJ de notícias**. Site. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57584-custas-processuais-serao-padronizadas-pelo-cnj>. Acesso em 23.09.2015.

²⁵ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI226631,41046-OABPB+recebe+apoio+do+Conselho+Nacional+por+unificacao+das+custas>

Informações divulgadas pelo CNJ no “Programa Justiça em Números”²⁶ indicam que somente no ano de 2010, ingressaram no Poder Judiciário 24,2 milhões de processos, e no mesmo período, pela primeira vez desde 2004, quando o índice passou a ser computado, foi registrado um número maior de julgamentos, visto que foram julgados 25,4 milhões de feitos.

Comparado com o acúmulo anual de 4,7 milhões de feitos ao ano, que existia em 2004, não há dúvida que o Judiciário Brasileiro está bem mais ágil, embora ainda exista um acervo remanescente de 83,4 milhões de feitos à espera de julgamento.

Somente no Poder Judiciário do Estado de São Paulo, no final de 2009, havia 18.403.329 processos acumulados²⁷. Já no STF, a tramitação de um recurso dura, em média, 272 dias²⁸.

Diante de tais dados, é indiscutível que o tempo na tramitação processual pressiona os hipossuficientes economicamente a abandonarem suas causas ou a aceitarem os acordos por valores muito inferiores a que teriam direito, realimentando, negativamente, pelo descrédito, a confiabilidade do sistema judiciário de modo a inibir o acesso das camadas menos favorecidas da população sem atender a característica de um Judiciário Responsivo.

Oportuno ressaltar que o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto-Lei n° 678/92 (BRASIL, 1992), previu em seu art. 25, que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ob. Cit.. Acesso em 21 set. 2015.

²⁷ LEX. **TJ tem novo presidente com plataforma modernizadora**. Site. Disponível em: <http://www.lex.com.br/ojurista/default.asp?noticia_id=54&edicao_id=7&edicao_numero=03>. Acesso em 23.07.2006

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/indg_justica_em_numeros.pdf> Acesso em 23.07.2006.

direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que esteja atuando no exercício de suas funções sociais.

Importante destacar, que a promulgação do tratado se deu antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, que previu em seu art. 5º, § 3º, (BRASIL, 1, p.) que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e forem aprovados, por maioria de 3/5 nas duas casas, já ingressam no ordenamento como emendas constitucionais. Do que se conclui, que a convenção em comento ingressou como norma infraconstitucional e supralegal.

A referida emenda, acrescentou o inciso LXXVIII, ao art. 5º, da CF (BRASIL), e a duração razoável do processo se tornou direito fundamental, pois: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

2.3 Terceira vantagem: dos litigantes habituais

A terceira e última hipótese de vantagem estratégica, na verdade decorre das duas últimas anteriores, quer seriam a distinção feita por Galanter entre “litigantes “eventuais” e litigantes “habituais”, os primeiros, possuiriam demandas isoladas e pontuais, já os últimos, também chamados de organizacionais, teriam muito mais “encontros com o sistema judicial”, em uma litigância em larga escala e, portanto, gozariam de vantagens estratégicas, das quais se destacariam cinco: maior planejamento; economia de escala; melhor relacionamento com os julgadores; diluição de riscos e melhor possibilidade de teste de estratégias, como dito:

“(…) 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o

litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”.²⁹

No Brasil, este privilégio não é apenas dos entes federativos, mas dos bancos e instituições financeiras, que “podem pagar para litigar”, por serem, muitas vezes, conhecedores da inviabilidade de sucesso em demandas que sustentam, mas preferem pagar juros processuais módicos pela demora processual, a deixar de investir seu capital no mercado financeiro remunerado por taxas vinculadas a SELIC³⁰.

O Conselho de Justiça Federal, em março de 2011, divulgou a lista dos cem maiores litigantes do Judiciário Brasileiro, além de apresentar também os nomes dos cem maiores litigantes por ramo de jurisdição, dos quais, nas dez primeiras classificações no quadro nacional, encontramos cinco instituições bancárias: Caixa Econômica Federal – CEF, Banco do Brasil S/A, Bradesco S/A, Banco Itaú S/A e Banco Finasa S/A, conforme tabela³¹ a seguir:

Tabela nº. 02 – Os dez maiores litigantes

²⁹ CAPPELLETTI GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.9.

³⁰ SELIC - Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes** Banco de dados de março de 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

O acesso à justiça constitucional no Brasil ...

	Nacional		Justiça Federal		Justiça do Trabalho		Justiça Estadual	
	1	INSS-	22,33%	INSS-	43,12%	UNIÃO	16,73%	ESTADODORGES
2	CEF	8,50%	CEF	18,24%	INSS-	6,41%	BANCODOBRAZIL S/A	7,12%
3	FAZENDA NACIONAL	7,45%	FAZENDA NACIONAL	15,65%	CEF	5,29%	BRADESCOS/A	6,70%
4	UNIÃO	6,97%	UNIÃO	12,77%	GRUPO CEEE	5,22%	INSS	5,95%

5	B. BRASIL S/A	4,24%	A. G. U.	1,75%	B.BRASIL S/A	4,82%	B. ITAÚ S/A	5,92%
6	ESTADODOS	4,24%	FUNASA	0,79%	TELEMAR S/A	4,31%	BRASIL TELECOMCELULAR S/A	5,77%
7	BRADESCO S/A	3,84%	INCR A	0,48%	PETROBRÁS	3,80%	BANC OFINASSA S/A	4,08%
8	B. ITAÚ S/A	3,43%	EMG	0,47%	FAZENDA NACIONAL	3,29%	MUN	3,81%

O acesso à justiça constitucional no Brasil ...

			EA				IC ÍP I O D E M A N A U S	
9	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	3,28%	IBAMA	0,47%	BANCO ITAÚ S/A	2,89%	MUNICÍP I O D E G O I Á N I A	3,76%
10	BANCO FINANSA S/A	2,19%	BANCO Central do Brasil	0,39%	BRADESCO S/A	2,81%	BANCO SANTAN DER BR	3,14%

							A S I L S/ A	
--	--	--	--	--	--	--	-----------------------------	--

Como se observa, dos dez maiores litigantes organizacionais no plano nacional, os Bancos pontuam em cinco posições, superando até mesmo as concessionárias de serviço público.

Em 2015, a Associação dos Magistrado Brasileiros – AMB, objetivando analisar a sobrecarga de trabalho de seus associados, divulgou um relatório intitulado “O uso da justiça e o litígio no Brasil”, no qual aponta que apesar dos magistrados do BRASIL, estarem na terceira posição de produtividade internacional³², ainda existe uma taxa de congestionamento processual em torno de 70%, indicando que a cada cem novas ações distribuídas, somente trinta alcançarão o resultado final no mesmo ano³³.

Percebeu-se, assim, que a política do CNJ de priorizar a quantidade de decisões (muitas vezes em prejuízo a qualidade), chegou em um ponto de saturação, exigindo que outros fatores, além da conhecida escassez de juízes (no Brasil existem tão somente 8,3 juízes por grupo de cem mil habitantes, número inferior à média internacional de 14,5), deveriam ser considerados para a busca de soluções para uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz.

Neste caminho, são relevantes outros parâmetros, como por exemplo, o do número de advogados por grupo de cem mil habitantes, que no Brasil é de 330,4 (enquanto a média internacional é de 168). Ora, existindo tantos advogados, a necessidade de mercado de trabalho faz com que se exagere no número de demandas propostas, muitas sem qualquer

³² Julgaram uma média de 1684 processos em 2015, atrás, apenas, da Dinamarca com 8075 e Áustria, com 1848. (AMB, 2015, p.15).

³³ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. O uso da justiça e o litígio no Brasil. Disponível em https://digital.inpressoficina.com.br/assets/files/placardajustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf p.15-16.

plausibilidade jurídica, emperrando a máquina judiciária como se pode exemplificar com a propositura de ações indenizatórias, cuja causa de pedir remota seria a cobrança de taxas contratuais, em uma clara vulgarização do processo e “banalização do dano moral”.

Em busca de uma melhor compreensão para o problema a AMB realizou uma pesquisa em 11 estados da Federação objetivando identificar os cem principais litigantes no período de 2010 a 2013, categorizando-os entre os maiores litigantes ativos e maiores litigantes ativos e os estudando em primeiro grau, segundo grau (tribunais e turmas recursais).

Entretanto, a causa de engessamento da justiça perceptível ao cidadão, não reside no polo ativo, dominado pelos entes federativos nas poucas varas de fazenda, sempre congestionadas, mas em varas cíveis e juizados, onde instituições financeiras ou bancos ocupam o primeiro lugar, dentre os demandados, no Distrito Federal e em sete, dos onze estados pesquisados pela AMB.

Por outro lado, mesmo desses cem maiores litigantes, poucos, concentram quase 50% (cinquenta por cento) dos processos demandados, o que indica que a predição vem sendo utilizada no raciocínio do *bad man*, onde as instituições financeiras transferem ao consumidor custos muitas vezes abusivos, confiando na demora e na baixa remuneração da obrigação no caso de sentença favorável ao prejudicado, quando em comparação a taxa de juro cobrada pelos mesmos em suas agências, o que indica uma situação anormal não replicada nos demais países, gerando, segundo avaliação do Presidente da AMB, João Ricardo dos Santos Costa “uma propensão ao litígio, especialmente pelos principais setores identificados, cujas causas devem ser examinadas em profundidade”³⁴.

A coordenadora da pesquisa, a cientista política e professora Maria Tereza Sadek, apontou que a concentração de processos em relação a poucos litigantes resulta em “prejuízos ao

³⁴ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. O uso da justiça e o litígio no Brasil. Disponível em https://digital.inpressoficina.com.br/assets/files/placardajustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf p.12.

acesso à Justiça e na qualidade dos serviços judiciários prestados à sociedade em geral”³⁵.

Os bancos e financeiras, denominados de setor econômico, lideraram a pesquisa:

Tabela nº. 03 – Litigantes organizacionais, principais setores por unidade da federação

ADM – Setor de administração pública;

FIN - Setor financeiro;

TEL - Concessionárias de telefonia;

SERV - Setor de serviços.

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

NÃO INF. – Dados não informados.

	BA	DF	ES	MS	PB	RJ	RO	R S	S C	S E	S P
1º grau Polo ativo	ADM	ADM	ADM	ADM	FIN	FIN	ADM	A D M	A D M	F I D	A D M
1º grau Polo passivo	FIN	FIN	FIN	FIN	FIN	FIN	INSS	A D M	F I D	A D M	F I D
2º grau Recte	FIN	FIN	FIN	FIN	ADM	NÃO INF.	FIN	A D M	F I D	F I D	A D M
2º Grau Recco	FIN	FIN	FIN	FIN	ADM	NÃO INF.	FIN	F I N	F I D	A D M	F I D
2º Grau Especial Recte	FIN	ADM	FIN	TEL	FIN	NÃO INF.	ADM	T E L	F I N	F I D	F I D
2º Grau Especial Recco	FIN	ADM	FIN	FIN	FIN	NÃO INF.	ADM	A D M	F I N	S E R	F I D

Fonte: Dados divulgados no Relatório AMB em 2015, “O uso da justiça e o litígio no Brasil”

Na Paraíba, mais de 50% dos processos de primeira instância foram promovidos pelo setor financeiro e pela administração pública, concentrando em 2013, 16.280 ações em tramitação³⁶.

³⁵ Ibidem, p.12.

³⁶ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. O uso da justiça e o litígio no Brasil. Disponível em

Já no polo passivo, em 2013 o setor financeiro com 37,5%, as empresas de telefonia com 25,5% e a Administração Pública com 14,35%, representaram 77,35% do total das 58.599 ações em tramitação, isto é, um número que representa em torno de 45.326 ações³⁷.

Observe-se que esse número reduziu significativamente, pois em 2012, esses três litigantes somados representavam 85,3% do total de 82.336, contabilizando cerca de aproximadamente 70.232 processos. Tal número foi alcançado pela política de mutirões quase que permanentes do Poder Judiciário Paraibano.

No Tribunal de Justiça da Paraíba, em 2013, os percentuais dos três principais litigantes organizacionais como recorrentes, eram os seguintes: Administração pública estadual com 37,8%, setor financeiro com 23,6% e cabia à administração municipal a marca de 19,7%; totalizando somente eles o percentual de 81,1% do total de processos, perfazendo o número de 5.228 recursos³⁸.

Já do total de recorridos no TJPB, em 2013, a administração pública estadual figurou como recorrida em 31,9% dos feitos, já o setor financeiro foi recorrido em 15%, e a administração pública municipal em 13,5%, totalizando assim o índice de 60,4% do total de 3.246 recursos³⁹.

Por sua vez, nas turmas recursais, o setor financeiro figurou no polo ativo em 75,1% dos recursos distribuídos em 2013, totalizando 3187 recursos⁴⁰, praticamente monopolizando a prestação jurisdicional em prejuízo de demandas obrigacionais e relativas a questões de bens duráveis.

Em relação a este número, é preciso destacar que é comum se perceber nas referidas Turmas, que muitos desses recursos propostos pelo setor financeiro são relativos a pequenas condenações e não chegam a representar sequer o quádruplo do

<https://digital.inpressoficina.com.br/assets/files/placardajustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf> p.48.

³⁷ Ibidem, p.49.

³⁸ Ibidem, p.50.

³⁹ Ibidem, p.51.

⁴⁰ Ibidem, p.52.

valor das custas a serem desembolsadas no recurso. Ora, não havendo condenação, pela sistemática da Lei nº 9099/95 em sucumbência ao recorrido vencido, têm-se como clara a impossibilidade de ressarcimento do valor adiantado a título de custas, afora despesas de honorários contratuais advocatícios, além de despesas com prepostos, não se justificando, financeiramente, o aludido procedimento, a não ser, como bons litigantes habituais, litigarem por litigar, conhecedores que são que a procrastinação dos direitos, desestimula o ingresso de novas demandas.

No polo passivo das turmas recursais paraibanas, no ano de 2015, o setor financeiro figurou como recorrido em 83,5% dos recursos inominados e as empresas de telefonia e comunicações em 11,1 %, do que percebe-se que juntas, atingiram a marca de 94,6% do total de recursos (5.362), o que representa 5072 recursos. Isto é, apenas em 290 processos, essas duas instituições não eram recorridas⁴¹.

Os números demonstram uma verdadeira monopolização da justiça pelos litigantes organizacionais, que se utilizam de suas vantagens estratégicas para se tornarem mais eficientes do que os litigantes individuais, que por sobrevivência necessitarão de uma mudança de paradigma jurisprudencial para que o acesso á justiça seja entendido em sua tripla dimensão: propositura, desenvolvimento e efetivação, garantindo-se, senão a paridade de armas entre os litigantes, ao menos um olhar mitigador das diferenças existentes.

Conclusões

Dessa forma, a questão do acesso á justiça no Brasil sofre de sérios problemas de concretização, a medida que o Poder Judiciário se vê entregue a um procedimento custoso e moroso, que não abraça o cidadão, pequeno litigante.

Um dos maiores fatores contribuintes para essa situação, como visto, é a presença dos litigantes habituais. Seja na

⁴¹ AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. O uso da justiça e o litígio no Brasil. Disponível em https://digital.inpressoficina.com.br/assets/files/placardajustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf p.53.

figura da administração pública ou de grandes bancos, essas organizações tem recursos financeiros, setor jurídico montado e experiente que entende que vale mais a pena correr o risco de ser demandante que ou demandar que corrigir a raiz do problema da demanda.

O perfil desse litigante que pouco se preocupa com o valor do direito, a moral ou a ética constitucionais, mas apenas com o resultado prático de suas condutas é denominado por Oliver Holmes de *bad man*. O que se tem hoje no Brasil, portanto, é o sistema processual inundado de *bad men*.

Assim, esses litigantes inflam o sistema Judiciário que, já debilitado pelo número insuficiente de magistrados em relação ao tamanho da população, se vê afogado por processos repetitivos, que servem mais aos demandantes que ao propósito de justiça.

Como corrigir o problema? Adotando o sistema americano de fixação de precedentes? Postura agressiva do estado para resolver os problemas criados pelo sistema financeiro que estão constantemente sendo levados ao Judiciário? Não parece haver, na verdade, apenas uma solução para esse problema. O que é certo, no entanto, é que a Administração Pública deve adotar intervenção efetiva, evitando a litigância habitual através de medidas de coibição da natureza das aqui apontadas.

Nesses termos, tem-se que a pergunta inicial do trabalho “é o Judiciário brasileiro é capaz de garantir o direito fundamental de acesso à justiça?”, para a qual se deu a hipótese inicial de que o acesso à justiça é prejudicado pelos litigantes organizacionais que afogam o magistrado com demandas repetitivas, confiando-se e aperfeiçoando sua capacidade de predição e representando o *bad man* de Holmes, parece confirmada, a medida que foi possível demonstrar o perfil dos litigantes habituais brasileiros e como inflam o sistema processual nacional de acordo com seus interesses.

REFERÊNCIAS

AMB. Associação dos Magistrados Brasileiros. O uso da justiça e o litígio no Brasil. Disponível em <https://digital.inpressoficina.com.br/assets/files/placar_dajustica_o_uso_da_justica_e_o_litigio_no_brasil.pdf>

- ARISTOTELES. **Tópicos**. Trad. Levi Condinho. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2011.
- BURDGE, Ronald L. **United States consumer law attorney fee survey report 2010-2011**. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC0QFjACahUKEwjrqIT8u4nIAhXCHpAKHcHmCLk&url=http%3A%2F%2Fwww.lb7.uscourts.gov%2Fdocuments%2F11-53.pdf&usq=AFQjCNFZqtQalrD_HPcTuRTOcGMhVp34aw. Acesso em 21 set. 2015.
- CAPPELLETTI GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes** Banco de dados. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? **Cidadania, justiça e violência**. Org. Dulce Pandolfi (et al). Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999. p.61-76.
- FERNANDES, Manuela Braga. **Uma análise do princípio da segurança jurídica através do realismo de Jerome Frank: a aceitação da incerteza no direito**. 24/03/2015. 100p. Dissertação de mestrado. UFPB/João Pessoa.
- FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos para curso de administração e economia**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973.

O acesso à justiça constitucional no Brasil ...

- HOLMES JR, Oliver Wendell. **O Caminho do direito**. Trad. e Coment. Eduardo Oliveira Ferreira. Clube dos Autores. 2011.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law* [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>. 2006.
- JIMENEZ, Marco. **Finding the good in Holmes's bad man**. *Fordham Law Review*. 2011. Vol. 79. p. 2069-2127.
- MARSHALL, T.H y BOTTOMORE, Tom, **Ciudadanía y clase social**, trad. Antonio Bonanno. Buenos Aires: Losada, 2004.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **CONSELHO FEDERAL**. Site. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/5287/busato-custas-na-pb-lembra-monarquia-derrama-e-confisco>>. Acesso em 09 ago 2013.
- ROBLES, Diego. El concepto de acceso a la justicia. IN: BASSIL, Sonia (org). **El acceso a la justicia**. Oñati: IISCJ, 2010.
- WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007.

A deep web e o direito à informação: a necessidade da defesa dos direitos fundamentais e direitos humanos

ALLAN JONES ANDREZA SILVA¹
ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS²
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o mundo vivencia um processo de transformação das relações sociais, protagonizadas pelos avanços tecnológicos em todo mundo, favorecendo o desenvolvimento de um processo de globalização, o que se deu inicialmente por razões mercadológicas, ou seja, econômicas, mas com reflexos diretos sobre outros âmbitos, tal como o desenvolvimento humano e social, por conseguinte não se pode obscurecer a incomensurável contribuição da evolução nos campos da tecnologia da informação e comunicação sobretudo ao romper as fronteiras dos Estados e aproximar sociedades, culturas e economias distintas.

Notadamente, as distâncias vêm sendo minimizadas e as informações são transportadas em frações de segundo, ligado a isso constata-se a potencialização do conhecimento humano, pois as pesquisas que outrora tinham uma publicização restrita, por vezes expressa em alguns livros enclausurados em bibliotecas específicas, agora ganham maior publicidade e notoriedade,

¹ Mestrado em Ciências Jurídicas, Área de Concentração em Direitos Humanos – Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - PPGCJ/CCJ/ UFPB - Universidade Federal da Paraíba – Brasil

² Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, Professor Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas - PPGCJ/CCJ/ UFPB da Universidade Federal da Paraíba - Brasil

favorecendo a difusão em massa e constante de informações, acarretado um prodigioso desenvolvimento científico.

Tais avanços tem requerido do Direito um constante processo de adaptação, verdadeiramente deve haver um esforço contínuo para acompanhar a evolução técnico-científica, uma vez que o mesmo é constantemente chamado a intervir em questionamentos sobre a validade, legitimidade e viabilidade de tais conhecimentos para a vida prática humana. Dentre estes, algumas questões parecem ser fundamentais como aborto, eutanásia, clonagem, etc.

Constata-se que tais indagações, notadamente levam os legisladores e magistrados a aviltantes contendas, em boa parte das vezes ocasiona posicionamentos discordantes, de tal sorte que o exercício exegético da legislação não se mostra verdadeiramente adequada para fundamentar tais pontos discussão porque na maioria das vezes envolve o choque de bens considerados igualmente importantes dentro da ceara em análise. Assim, estas temáticas, sobretudo as incorporadas aos campos de discussão do biodireito e da bioética, exigem uma ampliação do pensamento teórico do Direito a partir de uma matriz alopoiética, aos moldes firmados por Castanheira Neves (1998), necessariamente capaz de atentar não apenas aos preceitos normativos, mas também considerar o aspecto axiológico como responsável por dar substância a letra fria da lei, retratando assim os interesses sociais segundo uma realidade espacial e temporal específica, numa perspectiva essencialmente atenta aos Direitos Humanos.

Ciente destas circunstâncias o presente artigo trata da relação entre a tecnologia da informação e a Ética, Bioética e o Direito tomando como campo de observação a parcela ciberespaço intitulada de *Deep Web*. Para tanto, tem o espoco de abordar duas questões fundamentais: a primeira, a relação que as informações produzidas pela Deep Web tem com a bioética e o biodireito, ou seja, parte da verificação da utilização deste espaço cibernético para exploração de temáticas conexas a estes dois campos de análise, sobretudo marcado pela utilização da internet para divulgação de violações de direitos e da ética em vários pontos, principalmente o cometimento de delitos; num segundo momento, vislumbra-se a necessidade de compreender o Direito à

Informação de modo a considerá-lo como um elemento que deve ser essencialmente dotado de uma matriz ética e também comprometida com a defesa dos direitos fundamentais e a garantia e promoção dos Direitos Humanos a fim de torná-lo o ponto de partida para nortear o uso adequado da internet.

Metodologicamente, este trabalho se utiliza de uma pesquisa bibliográfica para a compreensão da funcionalidade da *Deep Web* e fixação da relação entre conceitos do campo informático, jurídico e ético. Outrossim, realiza uma análise da utilização desta parcela do ciberespaço, partindo de uma verificação que tem como ponto central das atenções as práticas e os valores amplamente disseminados neste ambiente, os tipos de informações acessíveis pelo usuário e como tais questões afetam a Ética, a Bioética e o Direito.

Num segundo momento, verifica-se quais os instrumentos jurídicos nacionais são aptos a tratar a disseminação das informações no ambiente da Deep Web, sobretudo quando for constatada a exploração de conteúdo propício a instigação e divulgação de práticas de violação a preceitos éticos e jurídicos. Ainda assim, este trabalho tem a preocupação de abordar como o mundo tem olhado para tal questão, especificamente busca-se observar como o Fórum de Governança da Internet tem considerado o uso da informação neste espaço cibernético. A partir de então, tenta-se descrever sumariamente uma formulação do Direito à Informação, norteadado pela liberdade de expressão, mas ao mesmo tempo comprometido com preceitos éticos, bioéticos e jurídicos, necessariamente compreendido como um recurso adequado a promoção e difusão dos Direitos Humanos.

2 O QUE É A DEEP WEB?

Os avanços tecnológicos têm proporcionado a ligação direta entre diversas partes do mundo, por intermédio de apenas um click. Certamente, a revolução informática, marcada pela criação e disseminação da internet tem estreitado o mundo. Atualmente há uma grande quantidade de informações em circulação com valor incalculável sob o ponto de vista comercial (BRAGA; MARTINS, 2014, p. 405), mas também que podem ser traduzidos como uma importante fonte de poder não apenas no

âmbito econômico, mas também político, entre outros. Por conseguinte, este espaço tem sido alvo de vigilância dos governos, não apenas para controle sobre o conteúdo e práticas do seu público interno, mas também para espionagem de outros Estados, apesar de sua aparente expressão de liberdade.

Acontece que todo o conteúdo que está facilmente a disposição dos usuários comuns é apenas uma pequena parcela do que dispõe o ciberespaço, existe outra parte que é bem maior do que o conteúdo facilmente acessível, por não estar tão facilmente ao alcance de olhares leigos, justamente porque muitos sites não estão indexados aos buscadores comuns (Google, Yahoo, Bing etc.), razão pela qual tal parcela da internet é considerado invisível, o que costumou-se a chamar de *Deep Web*.

Por questões técnicas, Monteiro e Fidencio (2013, pp. 38-39) apontam que a própria linguagem computacional utilizada para construção do site pode inibir o processo de pesquisa pelos robôs de busca, tornando o endereço eletrônico e toda ou parte da informação contida neste não-indexável.

Os motores de busca alimentam seus índices através dos *Spiders*, *Crawlers*, ou *Robots*, termos cujo significado refere-se a robôs que efetuam uma varredura à procura de novas páginas na *Web*. Tais robôs trabalham com lógicas próprias que, por motivos comerciais, nem sempre estão acessíveis, embora sua função básica seja pesquisar, relacionar, adentrar diretórios e subdiretórios na *Web* e somá-los aos índices dos buscadores para os quais operam. Leem linguagens e instruções, as quais podem ser escritas exclusivamente para eles nos *sites*, no momento de sua construção.

As instruções estão nos arquivos *robots.txt* em operação com o *Robots Exclusion Protocol*, arquivo preparado

pelo mantenedor de determinado site especialmente para informar os robôs sobre a não indexação de determinada página/recurso aos índices dos mecanismos. (MONEIRO; FIDENCIO, 2013, pp. 38-39, grifos dos autores).

Por questões política ou limitação tecnológica Monteiro e Fidencio (2013, pp. 39-40) relatam que a maior parte dos mecanismos de busca tem dificuldade de indexar materiais que não estejam em formato de *Hypertext Markup Language* (HTML), tal como PDF ou *Postscript* (exceto Google), programas executáveis, material comprimido, entre outros³.

Chama a atenção também a proteção de informações, cuja invisibilidade também está atrelada a uma questão tecnológica deliberada, pois há a limitação de acesso a determinados conteúdos (sobretudo bancos de dados) por questões de segurança, uma vez que há a necessidade de proteger determinadas informações (dar confidencialidade) por razões diversas, como acontecem com os segredos comerciais ou informações dos documentos particulares de funcionários, logo tais dados acabam sendo criptografados, fazendo com que o seu acesso exija alguns requisitos como *login* ou senha. Vislumbra-se tal circunstância, por exemplo, com a utilização do sistema SIGAA das universidades, o qual tem o endereço de acesso facilmente disponível para consulta da maioria dos sites de pesquisa (como Google), no entanto o acesso a seu conteúdo (dados) exige credenciais de usuário e senha.

³ Neste sentido Silva e Xavier (2015, p. 66) chamam a atenção para o fato que: “Muito do conteúdo que está na *Deep Web*, entretanto, não são dados e informações que deliberadamente deixaram de ser indexados, podemos citar, por exemplo, conteúdo que foi criado de maneira dinâmica, tais como: páginas *Web* cujo conteúdo é criado dinamicamente no momento do acesso, páginas Web que não possui vínculos (*links*) com nenhuma outra página ou conteúdo que é gerado por *scripts* ou codificado em outros formatos que não-HTML (*Hypertext Markup Language*), por exemplo, conteúdo criado e codificado no formato *Adobe Flash*.”

Assim, pode-se dizer que há uma diferenciação do ambiente da internet em web visível e invisível, a primeira é assim tratada por causa da facilidade de seu acesso, possibilitado pelos sites de busca convencionais, enquanto a outra, por uma mera técnica de contraposição, seria todo o conteúdo que não estaria facilmente disponível. Neste contexto, salienta-se que o termo “Web Invisível” foi criado pelo Dr. Jill Ellsworth em 1994 (VIGNOLI, 2014, p. 54), mas apenas veio a ser explorado a partir da década de 2000, sobretudo pela repercussão dos trabalhos de Michael K. Bergman (2001) e Chris Sherman e Gary Price (2003).

A compreensão da invisibilidade desta parcela da Web, segundo Vignoli (2014, p. 55), deve-se partir de dois aspectos: “o primeiro pela falta de indexação de informações que seriam facilmente indexadas pelos mecanismos de busca; e o segundo no ponto de vista do sujeito que literalmente não vê ou não sabe que informações são suprimidas e que para ele se tornam dessa forma, invisíveis.” Assim, considera-se a existência de um conteúdo acessível a qualquer pessoa, ainda que não tenha conhecimentos avançados sobre a tecnologia da informação, e outro não-acessível, que não está disponível por intermédio de técnicas convencionais de busca, desta forma apesar da existência de tais informações estarem dispersas na internet, estas aparentam ser realmente invisíveis ao usuário comum. Nesta perspectiva, Franco (2013, p. 05) aponta:

Há um universo paralelo na internet onde a informação é inacessível para os mecanismos de busca comuns como o Google, por exemplo. O que enxergamos equivale à superfície da internet que, de acordo com especialistas, corresponde apenas a 4% de toda a web. [...] A Deep Web é a camada da internet que não pode ser acessada através de uma simples "googlada" [...]. A Deep Web é considerada a camada real da rede mundial de computadores, comumente

explicada em analogia a um iceberg: a internet indexada, que pode ser encontrada pelos sistemas de busca, seria apenas a ponta superficial, a "surface web". Todo o resto é a Deep Web - não à toa o nome que, em inglês, significa algo como rede profunda.

Ao tratar sobre o surgimento da Deep Web (FRANCO, 2013, p. 06), esclarece que a sua criação ocorreu, tal como aconteceu com a própria internet, para fins militares, especificamente através do laboratório de Pesquisas da Marinha dos Estados Unidos, através do desenvolvimento do projeto "The Onion Routing", posteriormente apelidada de TOR, cuja proposta centrava-se na ideia do desenvolvimento de sistemas anônimos de comunicação.

No que diz respeito a relação de tamanho entre as partes visível e invisível parece haver uma unanimidade entre os autores de que aquela corresponde a apenas uma pequena parcela do Ciberespaço, uma quantidade de dados muito menor do que a atualmente existente na Deep Web. Neste sentido, Bergman (2001, p. 2) já expunha no início do século XXI que o conteúdo da Deep Web seria 400 ou 550 vezes maior do que a da Web.

Para Vignoli (2014, p. 61) a categorização mais ampla da Deep Web é defendida por Monteiro e Fidencio (2013a, pp. 41-44)⁴, classificando-a segundo a profundidade e conteúdo em Web Opaca, Web Privada, Web Proprietária, Web verdadeiramente invisível e Dark Web. A primeira, Web Opaca, seria a parte que transita entre visível e invisível, porque é composta por sites que misturam arquivos e mídias em que alguns são indexáveis, enquanto outros são incompreensíveis aos rastreadores, ou ainda por questões de cunho tecnológico dos mecanismos de busca, como a profundidade do rastreador (*crawler*), número máximo de resultados visíveis, frequência do rastreador, URL desconectadas ou páginas que não tem links. Por Web privada, compreende-se as

⁴ Tal classificação corresponde a uma adaptação da adotada por Sherman e Price (2003), incluindo apenas a categoria Dark Web.

páginas que são excluídas dos mecanismos de busca, porque são protegidas por senha, uso de *no index* ou arquivos *robots.txt*. Já a Web Proprietária normalmente detém conteúdo indexável, mas apenas é visível para assinantes ou colaboradores, uma vez que a restrição do acesso se faz por seus mantenedores (órgãos, instituições, empresas etc.) que disponibilizam o acesso apenas mediante registro (em muitos casos gratuitos), assinatura ou pagamento de taxas. A Web verdadeiramente invisível detém esta condição principalmente em decorrência da configuração de suas próprias páginas, seja em decorrência dos formatos (*postscript, flash* etc.), por serem páginas dinâmicas, por serem compostas de informações armazenadas em bancos de dados ou até mesmo por uma mera política de exclusão dos mecanismos de busca.

Do ponto de vista do conteúdo, na *Deep Web* é possível encontrar um vasto material para pesquisa (livros, revistas etc.), além de ser uma forma de fugir do controle de governos autoritários e desenvolver a comunicação entre diversas partes do mundo. No entanto, esta invisibilidade pode favorecer a utilização deste espaço para práticas espúrias, comprometidas apenas com a divulgação da informação de forma livre, sem restrições para os usuários, verdadeiramente desatenta a preceitos éticos e jurídicos⁵. Este espaço é considerado por Monteiro e Fidencio (2013, p. 42) como a Dark Web, cuja forma de invisibilidade foi possibilitada a partir do programa *FreeNet*.

O *FreeNet* foi criado pensado na liberdade de expressão e de conteúdo, como o protótipo perfeito de informação livre e sem restrições - principalmente judiciais -, para seus usuários. Um usuário do *FreeNet*

⁵ É de acordo com esta perspectiva que Braga e Martins (2014, p. 406), mesmo não realizando uma diferenciação classificatória das “camadas” [ou, conforme tratado por Monteiro e Fidencio (2013), das dobras] da *Deep Web*, destacado neste artigo, os autores chamam a atenção para forma de sua utilização, tanto para práticas positivas, como recurso tecnológico capaz de possibilitar a privacidade e a comunicação livre de restrições de governos autoritários, mas também pode ser instrumentalizada para ações negativas, como a divulgação de crimes que deploram a dignidade humana.

compartilha, ao participar da rede, uma parcela do seu disco rígido para armazenar informações criptografadas que ele mesmo jamais saberá do que se trata. Basicamente, o *FreeNet* é uma Internet paralela dentro da própria Internet, para usuários que querem privacidade sem rastreabilidade.

(MONTEIRO; FIDENCIO, 2013, pp. 42-43)

A confidencialidade e invisibilidade protagonizados pela Dark Web, possibilita a prática de delitos, entre eles comercialização de armas, drogas, tráfico de órgãos e de pessoas, como também a exposição e divulgação de ações que ferem severamente a dignidade da pessoa humana, como a experimentações macabras com seres humanos vivos, bonecas humanas para exploração sexual entre outros. É nesse sentido que Abreu e Nicolau (2014, p. 123) expõem:

Diversos grupos beneficiam-se do anonimato para compartilhar conteúdo criminoso, carregando o espaço com páginas de pedofilia contendo imagens e vídeos explícitos, páginas de necrofilia, anúncios de assassinos de aluguel e suas tabelas de preços que variam de acordo com a importância social da vítima, zoonecrofilia, fóruns de canibalismo, além de uma espécie de Mercado Livre onde se pode encontrar desde drogas até armas e órgãos.

Assim, é importante compreender a *Dark Web* como uma parcela mais perigosa da *Deep Web*, que se utiliza dos recursos tecnológicos para garantir seu anonimato e invisibilidade perante os mecanismos de busca comuns. Nesta perspectiva, Vignoli e Monteiro (2015, p. 152) chamam a atenção para a confusão gerada

entre os dois termos, quando na realidade são coisas distintas, sobretudo ao considerar que o acesso a *Dark Web* apenas é realizado por intermédio de *softwares* específicos que garantem o anonimato dos sujeitos que dela utilizam a partir de um processo de camuflagem do IP (*Internet Protocol*).

É importante ainda considerar que este é um ambiente propício a lavagem de dinheiro, comercialização de armas, drogas, entre outras práticas comerciais ilícitas, sobretudo porque se utiliza de uma “moeda” própria, o *bitcoin*. Este, conforme destacam Braga e Martins (2013, pp.412-413) constitui uma unidade monetária virtual, desvinculada de qualquer sistema financeiro oficial, mas paralela a este, porque se utiliza de um processo assegurado pela mais avançada tecnologia de criptografia, possibilitando assim sua utilização livre de intermediação governamental ou bancária e, ao mesmo tempo, segura haja vista utilizar-se do anonimato. Necessário ainda destacar que o valor de cada *bitcoin* é estipulado por intermédio de um sistema de cotização.

Assim, conforme verificado, na *Dark Web* muitas condutas ilícitas são passíveis de acontecer, há verdadeiramente a instrumentalização do conhecimento informático para a realização e, principalmente, divulgação de um conteúdo descompromissado com preceitos éticos e jurídicos, assim vislumbra-se a falta de limitações para a liberdade de uso da informação, o que deve realmente constituir uma preocupação global.

Conforme destacado por Nogueira (2015), o conhecimento científico nem sempre esteve a serviço de causas nobres, que viessem a contribuir para o enriquecimento moral da espécie humana, na realidade, os exemplos por ele elencados (desenvolvimento da bomba atômica, uso de cobaias humanas para experimentos, psicotortura, entre outros) demonstram a necessidade de redimensionar a ciência para seu alinhamento com a Ética, Bioética e o Direito, tal como observado com a utilização da *Deep Web*, principalmente sua parcela sombria, a *Dark Web*.

3 BIOÉTICA, BIODIREITO E DEEP WEB

Conforme já observado, ao considerar a utilização da *Deep Web*, sobretudo do seu lado mais obscuro (*Dark Web*), e também os direitos dos usuários da rede, pode-se remeter inicialmente a uma série de questionamentos: o que seria mais importante, possibilitar uma ilimitada liberdade de expressão ou impossibilitar a divulgação e desenvolvimento de práticas ilícitas por intermédio da internet? Não constituiria uma afronta aos direitos humanos dos usuários a limitação ao acesso a conhecimentos tecnológicos informáticos? Há parâmetros teóricos claros que possam ser desenhados para tratar tal problemática, especificamente capazes de garantir a utilização da informação para fins eticamente aceitáveis?

As respostas a tais questionamentos perpassam por considerações que se vinculam as temáticas abordadas pela Bioética e Biodireito, uma vez que, tal qual é vislumbrando nestes casos, os avanços tecnológicos protagonizaram um fundo de divergência avaliativo que ao final deve direcionar a humanidade para análise de possíveis resultados obtidos por cada decisão e apontar quais destes podem acarretar a evolução (melhoria) das condições de sobrevivência humana ou proporcionar prejuízos de tal monta que eleve o risco do aniquilamento da espécie. Verdadeiramente, as reflexões desenvolvidas pela Bioética e o Biodireito constituem um instrumento necessário para um processo decisório complexo, que deve influir em meio a divergências de interesses a fim de estipular um norte para a sobrevivência humana, sem descartar os aspectos positivos dos avanços tecnológicos, nem muito menos desconsiderar os perigos que desvios éticos e jurídicos podem provocar.

Assim, é importante destacar que o termo “bioética”, desde a sua criação pelo oncologista e biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, em 1971, era considerada como “ciência da sobrevivência”, cujo objetivo seria melhorar a qualidade de vida do ser humano sem perder de vista o necessário compromisso com o equilíbrio e preservação da sua relação com o meio ambiente, contudo pouco tempo depois o termo começa a ganhar novos contornos como ética da ciências da vida, ou mesmo da biomedicina (DINIZ, 2007, p. 09).

Vislumbra-se nos anos subsequentes a sua criação uma crescente importância, decorrente da evolução tecnológica e científica, sobretudo para análise de tais avanços à luz de uma perspectiva ética, principalmente por definir a extensão favorável à qualidade de vida humana num contexto planetário deste progresso⁶. Desse modo, constata-se que, mesmo de forma não expressa, desde sua criação, o termo bioética detinha o interesse pela proteção da dignidade da pessoa humana e sua relação com o meio ambiente, logo há a compreensão que existe um valor fundamental que deveria nortear os avanços do conhecimento humano, guiando-o para o desenvolvimento.

Acontece que as dissonâncias econômicas, sociais e até mesmo tecnológicas, sobretudo nos países pobres e em desenvolvimento, fizeram com que a Bioética fosse tratada a partir de uma nova perspectiva epistemológica, ampliando sua abrangência conceitual de forma a incluir questões sanitárias, sociais e ambientais (BARBOSA, 2010, p. 27), ao ponto de falar-se em “bioética de intervenção”, a qual detém também em suas reflexões a necessidade de intervenção política no quadro de profundas e injustas assimetrias, as quais do mesmo modo exercem influências sob os dilemas morais que carecem da sua apreciação (SOUSA JÚNIOR *In*: BARBOSA, 2010, p. 15)⁷.

Por conseguinte, o Direito também não pode ser dissociado de tal circunstância, sobretudo ao considerar seu dever de acompanhar a evolução das relações sociais e atender as demandas sob sua apreciação, isto fez com que o termo “biodireito” também ganhassem um conteúdo semântico aproximado da bioética, sobretudo tomado pela imperativa necessidade de garantir a dignidade humana, ainda que tenha que

⁶ Conforme anotam Garrafa e Pessini (2004, p. 11), “Nos dias atuais, em que a ciência e a técnica adquiriram tamanha força econômica e transformadora sobre a vida humana e a natureza, o controle ético sobre as novidades passa a representar uma iniciativa impostergável”.

⁷ Como exemplo, Reinaldo Pereira e Silva (2003, p. 38, destaque meu) ressalta que, nas Filipinas, “[...] são os pobres que vendem seu corpo [para o processo de experimentação] e os ricos, pela lógica de mercado, são os únicos beneficiários. Com efeito, no mercado, agora global, toda forma de comércio, inclusive o do corpo humano, possui o signo da desigualdade de classe.”

limitar a interferência de fatores socioeconômicos, principalmente em países subdesenvolvidos. Por conseguinte, deve-se entender o Biodireito como:

[...] a compreensão do fenômeno jurídico enquanto conhecimento prático visceralmente empenhado na promoção da vida humana. [...] o empenho na promoção da vida humana também impõe ao biodireito a incorporação em seu raio de reivindicação de prerrogativas negadas pela persistência da pré-modernidade (a fome e mortalidade infantil evitáveis) e de prerrogativas atropeladas pelo advento da pós-modernidade (a investigação do genoma humano e a técnica de clonagem). (SILVA, 2003, p. 31)

Vislumbra-se deste modo que a busca pela dignidade humana seria a mola propulsora para a estipulação de outros princípios que notavelmente irão nortear a temática, tais como: da autonomia, da beneficência, da não-maleficência e da justiça. Chama a atenção que o ordenamento jurídico brasileiro classifica a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), dada a sua relevância e por constituir um fim da sociedade e do Estado (DINIZ, 2007, p. 16).

A partir da compreensão de tais princípios como norteadores da Bioética e do Biodireito, pode-se intentar a seguinte reflexão: a instrumentalização da *Dark Web* para a comunicação e disseminação de informações aptas a incentivar e facilitar o tráfico de órgãos humanos e de pessoas, comercialização de produtos ilícitos como armas e drogas, experimentação com pessoas vidas, entre outros, também não constitui uma afronta a dignidade humana? Certamente, a positividade de tal resposta pode, de imediato, suggestionar críticas

e, seguramente, o posicionamento de alguns não só pelo combate a tal prática, mas também em favor ao recrudescimento do conhecimento tecnológico nesta área, a fim de evitar sua utilização para fins bem mais nocivos, tal como ocorreu com o conhecimento na área nuclear que ensejou a criação de bombas com o maior potencial nocivo já observado pela humanidade.

Desse modo, ao constatar que a Deep Web constitui um espaço, ainda que invisível, utilizado para o avanço da comunicação e exercício de liberdade de expressão frente a regimes autoritários, mas que de outro lado possibilita a circulação de informações e práticas eticamente e juridicamente reprováveis, faz-se necessário atentar as considerações de Fukuyama (2003) sobretudo quando este contrabalança os avanços biotecnológicos e os existentes ou possíveis retrocessos éticos da ciência, defendendo, a partir de então, a necessidade de um controle político, que deve tomar por baliza a dignidade da pessoa humana, essencialmente fundada a partir da proposição da garantia e exercício dos direitos humanos.

Assim, a partir de tais considerações, as respostas para as questões inicialmente tratadas neste capítulo situam-se num posicionamento ponderado, uma vez que não se pode obscurecer os avanços protagonizados pela internet, principalmente a facilidade do acesso a informações, caracterizados sobretudo pela superação de barreiras espaciais, temporais e culturais, mas, por outro lado, é necessário garantir que esse desenvolvimento tecnológico não seja desacompanhado da imperiosa necessidade de proteção dos direitos humanos, uma vez que os parâmetros que devem ser elegidos diante do caso concreto tenham como fim a garantia da dignidade humana, como também que os meios utilizados sejam eticamente coerentes com este fim, portanto é importante que haja a difusão do acesso, especialmente da liberdade de utilização, mas que hajam limitações para tal centradas unicamente na defesa do valor humano.

4 O DIREITO À INFORMAÇÃO NA INTERNET: DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Vislumbrou-se até este ponto que o controle do conteúdo que circula na internet necessita ser realizado à luz de concepções éticas e jurídicas e que detenha a dignidade da pessoa humana pelo elemento basilar, o que é possibilitado por intermédio da garantia e promoção dos direitos humanos. Neste contexto, extrai-se que normas nacionais e internacionais devem contemplar um Direito à Informação que seja configurado sob uma perspectiva comprometida com a Ética, Bioética e o Direito. Por conseguinte, é importante compreender como tal direito é estabelecido atualmente no ordenamento jurídico brasileiro e plasmado nos tratados internacionais, sobretudo de modo a verificar quais os novos contornos que devem ser adotados a partir da sua utilização pelos novos recursos tecnológicos, em especial considerando o conteúdo constante na *Deep Web*.

Observa-se que o Direito à Informação é assegurado expressamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu art. 19 expõe: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de **procurar, receber e transmitir informações e ideias** por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.” (ONU, 1948, grifo nosso). Nota-se a partir de então que a informação vem ganhando relevância nas discussões modernas, pois é detentora de relevância jurídica em face da rapidez de sua circulação e influência no desenvolvimento dos povos, o que lhe impõe um valor e um significado próprio, sobretudo no meio cibernético (SILVA, 2007, pp. 374 e 376).

No ordenamento jurídico brasileiro, tal direito exerce papel fundamental para o exercício de outros direitos⁸ e, por

⁸ Neste interim, Oliveira (2013) destaca: “Intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, o acesso à informação de qualidade atua positivamente na proteção e no desenvolvimento de toda a coletividade, contribuindo para a realização de outros direitos, tais como o direito à saúde, educação, moradia, etc. Além disso, o direito à informação é um princípio

diversos momentos, é assegurado pela Constituição Federal de 1988, dentre os quais os incisos XIV (“é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”), XXXIII (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular [...]”) e LXXII (“conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante [...]”) do art. 5º, como também o § 2º do seu art. 216. Na legislação infraconstitucional também constata-se outras formas de garantia do Direito à Informação, como: O Art. 71 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto de Criança e do Adolescente), informa que a criança e o adolescente têm direito à informação, de maneira que esta respeite sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; O Art. 6º, inciso III, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) assegura como direito básico do consumidor o acesso à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com detalhes sobre suas especificações, sobretudo riscos que apresentem; O Art. 40 da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) trata sobre a necessidade de informação sobre o uso de Organismos Geneticamente Modificados na composição de alimentos ou ingredientes alimentares nos rótulos de produtos destinados ao consumo humano ou animal; A Lei nº 12.527/2011 regulamenta o direito constitucional de obter informações públicas. Essa norma entrou em vigor em 16 de maio de 2012 e criou mecanismos que possibilitam a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades; O Art. 8º. da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), assevera que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação do direito referente à informação, entre outros.

Constata-se a partir dos exemplos elencados que o Direito à Informação no ordenamento jurídico brasileiro está amplamente

básico do controle social, por meio do qual o povo exerce algum controle sobre a ação da Administração, elaborando, acompanhando ou monitorando as ações da gestão pública”.

A deep web e o direito à informação: a necessidade da defesa....

consolidado, mas é baseado basicamente em seis perspectivas: a) o acesso a dados particulares; b) a transparência governamental; c) transparência nas relações comerciais; d) acessibilidade ao conhecimento (técnico-científico) e direitos autorais; e) segurança no acesso às informações; f) igualdade no acesso às informações constantes nos itens anteriores, sobretudo por pessoas com deficiência.

Sobretudo em âmbito penal, o Direito à Informação sofre mitigações em decorrência da técnica de sua obtenção, reprodução ou conteúdo, principalmente porque sua ampla exploração pode causar prejuízos a bens jurídicos relevantes, é o que pode ser verificado no Código Penal nos tipos: divulgação de segredos (Art. 153 e subsequentes), incitação ao crime (Art. 286), apologia de crime ou criminoso (Art. 287), inserção de dados falsos em sistemas de informações (Art. 313-A), entre outros. Em 30 de novembro de 2012, a Lei nº 12.737 estipula a incorporação de novos tipos penais ao referido código visando reprimir a instrumentalização de recursos informáticos para utilização desautorizada de dados e informações alheias, e é sobretudo a partir desta norma que é dada uma maior preocupação legislativa sobre a utilização da informação na internet, apesar da Lei nº 8.137/1990 e da Lei nº 9.983/2000 já terem dado alguns passos importantes, sobretudo objetivando a não exploração dos sistemas de informação para fins escusos, principalmente a desvirtuação do processamento de bancos de dados de interesse governamental.

Atentando ainda a este respeito, não se pode obscurecer que a ação ou omissão descrita por vários tipos penais também podem ser encontrados no ambiente informático, sobretudo marcados pela utilização e difusão de informações de maneira incoerente com a tutela de bens jurídicos protegidos, logo circunstâncias desta natureza encontram amparo na estrutura típica convencional, na realidade o que muda é a utilização de outro meio distinto do que inicialmente fora pensada a norma penal, mas subsumível ao caso concreto (CRUZ, 2006, p. 04).

Por conseguinte, é importante destacar que a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil na Internet) constituiu um grande avanço para o trato do Direito à Informação no ambiente temático, pois em seu art. 2º. indica que o uso da internet no

Brasil tem como fundamento basilar o respeito à liberdade de expressão, mas também o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a pluralidade e a diversidade, a abertura e a colaboração, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, além de citar a finalidade social da rede. No seu art. 3º estipula que a disciplina do seu uso tem como princípios a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, proteção da privacidade e dos dados pessoais, preservação e garantia da neutralidade de rede⁹, responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, entre outros; e segundo o art. 4º, tem como objetivos a promoção: do direito de acesso à internet a todos, do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos, da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso, e da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Constata-se que, por intermédio desta lei, o Direito à Informação ganha contornos mais amplos, sobretudo por proporcionar uma atenção a perspectivas diferentes das contempladas por outras normas nacionais, não apenas por sua aplicabilidade num meio diverso (internet), mas principalmente por sua atenção aos direitos humanos. Também é importante atentar as palavras de Rita de Cássia Lopes da Silva (2007, p. 376) quando, ao tratar da informação no meio virtual, aponta a ampliação de sua significação, podendo expressar-se como patrimônio, liberdade individual, propriedade imaterial, intimidade, honra, imagem entre outros, isso a faz um meio versátil de bem jurídico, logo é bem verdade que ela pode

⁹ Como esclarece Santos (2014, p. 01), “A neutralidade da rede é um princípio que está no cerne do funcionamento da internet e diz respeito a uma gestão de tráfego de dados que não faz distinção de pacotes de acordo com seu conteúdo, plataforma ou site de origem, não privilegia determinados tipos de conteúdo, sendo que a rede apenas transporta os pacotes de dados, deixando para o usuário as decisões em relação ao tipo de uso que fará e aos dados que acessará”.

anunciar a promoção de outros direitos, com os quais deve estar intimamente relacionada e necessariamente precisa ecoar tais valores. Logo, quando observa-se a utilização da informação para fins escusos na *Dark Web*, vislumbra-se tal circunstância com preocupação, justamente por refletir um desacordo com a carga axiológica que a informação deve demonstrar.

No entanto é importante ressaltar que a técnica legislativa utilizada pela legislação do Marco Civil, não apenas pela redação dos artigos mas pela reiterada utilização de uma proposição de liberdade de expressão, seja direta ou tacitamente (quando, por exemplo, prevê uma neutralidade de intervenção estatal na rede), leva a considerar a estipulação desta liberdade como valor central para o uso da rede, o que necessita ser criticado. Mesmo assim, tal deficiência encontra sua superação no próprio parágrafo único do art. 3º o qual aponta que os princípios expressos na referida lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, logicamente isso faz dirigir a questão aos preceitos constitucionais, os quais identificam a dignidade da pessoa humana e cidadania como fundamentos do Estado brasileiro, causando total reviravolta interpretativa e cravando, por conseguinte, a imperiosa necessidade do Direito à Informação ser incontrovertidamente compenetrado com preceitos éticos, bioéticos e jurídicos, conforme anteriormente já tratado.

Também não se pode obscurecer que o Direito à Informação sob esta última perspectiva tratada, encontra amparo internacional, sobretudo ao considerar que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, marcadamente compreende a necessidade da instrumentalização do seu conteúdo para fins adequados a proteção da dignidade humana¹⁰. Mesmo assim, há uma crescente necessidade de fortalecer sua discussão em nível

¹⁰ Como exemplo, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos estipula: a) no art. 6º. a necessidade de informação suficiente aos participantes de pesquisas, incluindo a possibilidade de arrependimento; b) no art. 9º. a confidencialidade das informações que dizem pessoalmente respeito aos pacientes; c) no art. 15 declama que os benefícios resultantes de qualquer investigação científica e das suas aplicações devem ser partilhados com a sociedade no seu todo e no seio da comunidade internacional, em particular com os países em desenvolvimento.

internacional, principalmente por considerar que as ações criminosas que são desenvolvidas por intermédio da internet, principalmente na *Dark Web*, notadamente podem causar prejuízos em grandes escalas, que transpõe as barreiras nacionais. Neste sentido, Cruz (2006, p. 02) chama a atenção:

A grande repercussão produzida pela criminalidade informática fez com que muitos países começassem a flexibilizar a atuação da legislação nacional em prol de uma possível legislação penal internacional que tratasse dessa nova modalidade de crime. No entanto, não só a adoção dessa medida como também as soluções apontadas pela legislação penal vigente, no que se refere à aplicação da lei penal no espaço, podem fazer com que os Estados nacionais percam sua legitimidade para atuar na regulamentação de tais condutas. Nesse aspecto, é preciso frisar que o conceito de ciberespaço não é capaz de delimitar o âmbito territorial. Para conseguir tutelar os bens jurídicos afetados pela incorreta utilização dos meios informáticos, o Direito Penal necessita revitalizar alguns dos seus postulados teóricos.

Conforme observado nas palavras da ilustre professora, há uma necessidade de constante readequação do Direito, em especial do Direito Penal, a fim de atualizar sua postura frente as práticas socialmente nocivas que vão se inovando operativamente em decorrência dos avanços tecnológicos e, em especial, do meio informático que detém, sem sobra de dúvidas, um vasto potencial positivo, mas também pode causar um lastro incomensurável de

prejuízos às relações sociais. Neste sentido, a referida autora retrata:

A insegurança social é um dos maiores problemas pelos quais passa o ordenamento jurídico-penal contemporâneo. Uma das suas principais causas é o uso irrestrito das tecnologias, de um modo geral, nas relações comerciais, na medicina, no meio ambiente, etc. Isso acontece, porque nem sempre é possível determinar com razoável precisão, os riscos provocados, em alguns casos, pelo uso descontrolado dos meios tecnológicos avançados. (CRUZ, 2006, p. 11).

Tal preocupação torna-se evidente ao considerar que a eficácia dos mecanismos de controle do uso da rede, especificamente dos recursos normativos, apenas podem ganhar corpo se houver uma reflexão apropriada das questões atreladas ao tema¹¹, em adequada consonância com a implementação de recursos tecnológicos igualmente compatíveis para o desenvolvimento de investigações sobre a utilização ilegal. Neste ponto, constata-se que mesmo que exista um corpo jurídico repressor este só poderá torna-se eficiente se conseguir alçar seus tentáculos em toda a amplitude do ciberespaço, principalmente encarando a invisibilidade e o anonimato na *Dark Web*, além de também ter que se confrontar com mais outro obstáculo que é a

¹¹ Neste sentido anota Bezerra (2014, pp. 1402-1403): “O marco civil constitui talvez uma das pedras fundamentais para a promoção da liberdade de expressão, combate à censura e promoção de direitos constitucionais da internet, mas não encerra o debate, uma vez que é preciso avançar em termos técnicos, políticos, legais e sociais. A efetividade de uma legislação para a rede depende que se produza, em curto prazo, uma série de regulamentações que instituirão os detalhes de como serão tratados temas centrais do novo arcabouço jurídico, como liberdade de expressão, segurança de dados e, especialmente, direitos de autor e *copyright*, que dependerão de leis ainda a serem criadas.

determinação do lugar da conduta tida como ilegal, o que demonstra ser uma tarefa complexa frente a vastidão do ambiente cibernético e dos entraves tecnológicos.

Isto certamente demonstra a necessidade de esforços internacionais para atuar em duas linhas: na defesa de um Direito à Informação coerente com preceitos éticos e jurídicos, principalmente com os direitos humanos, em especial, a dignidade humana; como também o desenvolvimento de recursos tecnológicos aptos a identificar as práticas incoerentes com tais requisitos, apontar os responsáveis e rastrear todas as consequências de suas ações de modo a individualizar suas condutas, entre outras questões. Atento, a estas condições atualmente observa-se a existência do Fórum Internacional de Governança da Internet, o qual é organizado pela ONU e reúne representações de todo o mundo em prol de discutir temáticas relacionadas ao uso da Internet.

O Fórum de Governança da Internet é destinado para ser um espaço de diálogo e intercâmbio de pontos de vista multissetorial, imparcial e independente, e de compartilhamento de conhecimentos e melhores práticas sobre políticas relativas à Internet, envolvendo, para tanto, representantes dos governos dos países do globo, iniciativa privada, entidades não-governamentais e sociedade civil.

Já em sua 10ª edição, o último encontro ocorreu na cidade de João Pessoa, capital do Estado da Paraíba, no Brasil, entre 10 e 13 de novembro de 2015. Este, detinha como interesse central ressaltar “o valor das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC) e da Internet no apoio a uma Sociedade da Informação centrada nas pessoas e orientada para o desenvolvimento sustentável” (ONU, 2015a). A proposição do Fórum, deste modo, constitui a materialização de um interesse em diferentes níveis (nacional, regional e internacional) para a construção de um ciberespaço de acesso cada vez mais amplo, capaz de promover a paz e a segurança internacionais, o desenvolvimento sustentável e em consonância com o progresso dos direitos humanos.

Um dos desafios discutidos no Fórum, é a ainda precária acessibilidade à internet em alguns países, pois há uma grande

parcela da população mundial ainda desconectada da rede. Mesmo assim, os dados da ONU (2015b) apontam avanços:

[...] globalmente, já são 3,2 bilhões de pessoas usando a Internet, das quais 2 bilhões são de países em desenvolvimento. A proporção de domicílios com acesso à Internet aumentou de 18% em 2005 para 46% em 2015.

Além disso, a penetração da Internet cresceu de pouco mais de 6% da população global em 2000 para 43% em 2015. E, ao final de 2015, haverá mais de 7 bilhões de assinantes de um serviço de telefone celular, correspondendo a uma taxa de 97% de penetração, acima dos 738 milhões em 2000.

Apesar da atual acessibilidade, constata-se que o uso da internet, encarado como direito dos cidadãos globais, constitui um retrato da desigualdade social existente entre diferentes regiões do mundo, sobretudo ao constatar uma certa concentração espacial das outras 4 bilhões de pessoas “desconectadas” da rede.

Na África Subsaariana, por exemplo, menos de 21% da população utiliza a Internet, e nos países menos desenvolvidos esse número é inferior a 10%. Os níveis mais baixos de acesso à Internet são encontrados principalmente nesta região, com Internet disponível para menos de 2% das populações na Guiné, Somália, Burundi e Eritreia.

No mundo em desenvolvimento, as mulheres têm acesso à Internet cerca de

25% menos do que homens. Esta diferença sobe para quase 50% em algumas partes da África Subsaariana (ONU, 2015b).

Sob o ponto de vista econômico, a internet constitui hoje um dos principais veículos para transações econômicas no mundo, além de também constituir uma medida prática de acesso a informação e conhecimento, ocasionando reflexos diretos para o desenvolvimento humano. Neste interim, a ONU (2015b) ressalta: “O desenvolvimento econômico não é um assunto menor quando se trata do potencial da Internet: para cada aumento de 10% na penetração da banda larga no mundo em desenvolvimento, o produto interno bruto (PIB) aumenta em quase 2% em média”.

Apesar do discurso central ser a ampliação do contato com a internet através da criação de uma política de liberdade e promoção de condições para acesso amplo da população e de neutralidade, outros temas ganharam relevância como a cibersegurança, economia na internet, inclusão e diversidade, aprimoramento de uma cooperação multilateral, internet e direitos humanos, críticas aos recursos da internet e questões emergentes, entre outras. Verdadeiramente, constituiu um espaço de amplos debates capaz de dar seguimento e desenvolver ainda mais os avanços demonstrados pelo Encontro Multissetorial Global sobre o Futuro da Governança da Internet, conhecido por NETmundial, realizado nos dias 23 e 24 de abril de 2014, e que aprovou a Declaração Multissetorial de São Paulo, a qual se propôs em tratar de uma forma aberta e multissetorial os princípios da Governança da Internet e o roteiro para a evolução futura do ecossistema de Governança da Internet.

Dentre os avanços constantes no 10º Fórum, pode-se considerar os debates sobre a importância e os tipos de acesso e como tais fatores impactam sobre a promoção dos direitos humanos e desenvolvimento sustentável, a proteção on-line da criança e os direitos das pessoas com deficiência, regulação e mitigação de comunicações indesejadas, práticas de enfrentamento ao abuso on-line e violência de gênero contra a população feminina, entre outros (ONU, 2015c). Assim, tal como já tratado,

muitas das discussões apontaram para um certo consenso de que o mundo cibernético é inseguro e isso impõe a necessidade de uma luta global contra o cibercrime, para tanto é necessário o envolvimento do governo, setor privado, sociedade civil e outras partes interessadas, para a proposição e compartilhamento de possíveis soluções na área da segurança cibernética, sem também desconsiderar o importante papel da educação em todos os níveis, para capacitar os usuários e orientá-los para a utilização coerente da internet com fins éticos e jurídicos adequados.

5 CONCLUSÕES

Conforme constatou-se, a internet detém uma face invisível aos usuários comuns, a *Deep Web*, que corresponde a maior parcela do ciberespaço, com um conteúdo diversificado não apenas quanto a sua origem, mas principalmente quanto ao seu valor agregado, especificamente trata-se assim dos conhecimentos que são disseminados e das comunicações possíveis mesmo frente as restrições de regimes autoritários, mas também há a instrumentalização deste ambiente para práticas ilegais, inapropriadas do ponto de vista ético, como a exposição de violações a preceitos bioéticos e a dignidade humana.

Logo, o ponto principal a ser considerado é a informação, especificamente “como” e “o quê” é vinculado no ambiente da *Dark Web*. Vislumbra-se que os usuários utilizam do anonimato para a divulgação de um conteúdo descompromissado com quaisquer preceitos e isto certamente afeta as relações sociais em caráter internacional, o que impõe uma preocupação sobre a liberdade de utilização da rede e principalmente sobre a extensão do Direito à Informação.

Atentando a defesa dos direitos fundamentais e direitos humanos constataram-se um vasto rol de legislações que apontam a informação como um direito, também delimita a sua utilização para fins não-maléficos, mas tal circunstância ganha uma nova dinâmica a partir do Marco Civil na Internet que estipula preceitos específicos para o uso da rede, sobretudo firmando seu compromisso com a garantia dos direitos humanos. No âmbito internacional, o Fórum de Governança da Internet constitui um ambiente de discussão sob estes moldes, mas essencialmente mais

amplo, com muitos outros pontos de análise, como a instrumentalização de tal recurso para o desenvolvimento humano e o enfretamento a disseminação de informações inapropriadas.

Mesmo assim, não se pode obscurecer a necessidade de esforços contínuos para a criação de mecanismos capazes de investigar e combater a utilização do meio cibernético para prática de delitos e outros fins eticamente reprováveis, mas sem perder de vista a concessão de uma importante margem de liberdade, da garantia do acesso à informação e da sua utilização para a promoção de direitos humanos e desenvolvimento sustentável, certamente tal condição encontra dois óbices: o primeiro, de cunho técnico, relativo a ainda precária existência de recursos tecnológicos capazes de dar segurança ao ambiente num sentido amplo (proteção contra ataques de *hackers*, não exposição de dados confidenciais e de conteúdo eticamente inapropriado, sua não instrumentalização para práticas ilícitas, etc.) e o segundo de cunho teórico, há a necessidade de interpor limites a neutralidade na rede, uma vez que esta não pode ser utilizada como meio para práticas de delitos, sobretudo a exposição de conteúdo que afete a dignidade humana, justamente o elemento basilar para relações sociais harmônicas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Giovanna; NICOLAU, Marcos. A estética do anonimato da Deep Web: a metáfora das máscaras e do homem invisível aplicada ao “submundo” da internet. **Culturas Midiáticas** (Revista do PPGC/UFPB), João Pessoa, Ano VII, n. 12 – Jan-jun/2014, pp. 119-134.
- BARBOSA, Swedenberger. **Bioética no Estado brasileiro**: situação atual e perspectivas futuras. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.
- BERGMAN, Michael K. White Paper: The Deep Web: Surfacing Hidden Value. **Journal of Electronic Publishing**. v. 7, n. 1, August, 2001. DOI: Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.3998/3336451.0007.104>>. Acesso em 02 Dez. 2015.

- BEZERRA, Arthur Coelho. “Culturas de vigilância”, “regimes de visibilidade”: novos caminhos para a pesquisa em ciência da informação. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 15., 2014, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: UFMG, 2014. pp. 1393-1406. Disponível em: <<http://repositorios.questoesemrede.uff.br/repositorios/bitstream/handle/123456789/2658/CULTURAS%20DE%20VIGIL%C3%82NCIA.pdf?sequence=1>>. Acesso em 12 Dez. 2015.
- BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; MARTINS, Fabiano Emídio Lucena. Blanqueo de capitales y el tráfico de drogas en la Deep Web: el avance de la delincuencia virtual. In: RODRÍGUEZ, Caty Vidales (Coord.). **Tráfico de drogas y delincuencia conexa**. Valencia: Tirand to Blanch, 2014. p. 405-423.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 Nov 2015.
- CRUZ, Danielle da Rocha. **Criminalidade Informática**. Tipificação Penal das Condutas Ilícitas Realizadas com Cartões de Crédito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. – 4. ed. rev. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRANCO, Deivison Pinheiro. Deep Web: mergulhando no sub-mundo da internet. **Revista Segurança Digital**, n. 10, abr. 2013. pp. 05-12.
- GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética: poder e injustiça**. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2004.
- MONTEIRO, Silvana Drumond; FIDENCIO, Marcos Vinicius. As dobras semióticas do ciberespaço: da web visível à invisível. **TransInformação**, Campinas, 25(1), pp. 35-46, jan./abr., 2013.

- NEVES, António Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos de realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LXXIV (separata). Coimbra, 1998.
- NOGUEIRA, Salvador. **Ciência proibida**. São Paulo: Abril, 2015.
- OLIVEIRA, Ciro Jônatas de Souza. Garantia do direito à informação no Brasil: Contribuições da Lei de Acesso à Informação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revisita_artigos_leitura&artigo_id=13718>. Acesso em 22 Nov 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 22 Nov. 2015.
- _____. Nações Unidas no Brasil. O que é o Fórum de Governança da Internet (IGF)? Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/o-que-e-o-forum-de-governanca-da-internet-igf/>>. Acesso em 29 Nov. 2015.
- _____. _____. Como a Internet trabalhará pelo desenvolvimento sustentável? Fórum da ONU em João Pessoa responde. Disponível em <<http://nacoesunidas.org/como-a-internet-trabalhara-pelo-desenvolvimento-sustentavel-forum-da-onu-em-joao-pessoa-responde/>>. Acesso em 29 Nov. 2015.
- _____. The 10th Internet Governance Forum (10º IGF). Chair’s Summary. João Pessoa, Nov. 2015. Disponível em: <<http://www.intgovforum.org/cms/10thIGFChairsSummary13novFINAL.pdf>>. Acesso em 13 Nov. 2015.
- SANTOS, Vinicius Wagner Oliveira. Governança da internet no Brasil e no mundo: a disputa em torno do conceito de neutralidade da rede. **ComCiência**, Campinas, n. 158, maio 2014. Disponível em

- <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542014000400009&lng=pt&nrm=iso>.
Acesso em 13 dez. 2015.
- SHERMAN, Chris; PRICE, Gary. The invisible web: uncovering information sources: search engines can't see. In **Library Trends**, 52 (2) 2003, pp. 282-298. Disponível em: <https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/8528/librarytrendsv52i2h_opt.pdf>.
Acesso em 08 Dez. 2015.
- SILVA, Marco Antônio Rodrigues da; XAVIER, Fabio Correa. Deep Web e a Rede Tor: Qual a sua Relação? **Revista Phronesis**. Ano 1, v. 2, Nov/2015. p. 64-76.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.
- SILVA, Rita de Cássia Lopes da. A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático. In.: PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp. 369-376.
- UNESCO. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 30 Nov. 2015.
- _____; MONTEIRO, Silvana Drumond. Dark Web e seus não lugares: por um estudo das dobras invisíveis do ciberespaço. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v.11, n.1, p. 140-166, maio 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18225/liinc.v11i1.798>>.
Acesso em 08 Dez. 2015.

CAPÍTULO XIII

A Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Brasil e o (des)cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

FANCIELI FREITAS MEOTTI¹

ALBANO BUSATO TEIXEIRA²

Universidade João Paulo II (Brasil)

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer ao leitor um breve apontamento do que são os direitos humanos e a forma que os Direitos Humanos são trabalhados, analisando a existência de Sistemas Regionais de proteção desses direitos, possibilitando demonstrar como que o Brasil vem visualizando o cumprimento dessas decisões.

Para que se possa compreender a importância desta abordagem, deve-se em um primeiro momento compreender o surgimento dos Direitos Humanos, bem como a sua transcendência de um problema isolado nacionalmente para uma questão universalizada. Ainda, traz-se atenção ao leitor a forma de incorporação de tais direitos pelo sistema jurídico brasileiro, especificadamente em duas hipóteses: a) quando são propostos

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, Braga/Portugal.
Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul/Brasil. Professora de Direito das Faculdades João Paulo II, Passo Fundo/RS – Brasil.

² Mestre em Autarquias Locais pela Universidade do Minho, Braga/Portugal.
Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul/Brasil. Advogado. Professor de Direito das Faculdades João Paulo II, Passo Fundo/RS – Brasil.

pelo próprio legislador brasileiro e; b) quando são oriundos de um tratado internacional assinado pelo Brasil.

A pesquisa também aborda o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como a Corte Interamericana de Direitos Humanos; o primeiro, trata-se de um órgão responsável tanto pela promoção quanto pela proteção dos direitos humanos em todo o continente americano, eis que possui poder para formular recomendações à Estados do continente americano, sempre que se averiguar uma condição de violação dos Direitos Humanos, visando sempre evitar que que situações similares ocorram novamente no futuro; o segundo é um órgão incumbido.

Aborda-se também a forma de se peticionar perante a Comissão Interamericana, demonstrando como que as pessoas podem realizar uma denúncia perante o Sistema Interamericano, como uma forma de ver seu direito reconhecido e concretizado no campo internacional, já que seu país violou o seu direito humano.

Por fim, o presente trabalho traz ao leitor a forma em que o Brasil, como país soberano, trata as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de condenação do Estado brasileiro, tratando de forma breve sobre a visualização das sentenças internacionais no país.

2 EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos passam durante muito tempo por inúmeras modificações e ainda no tempo atual, tenta-se demonstrar para as pessoas a importância do seu respeito e desenvolvimento. Percebe-se que, atualmente ainda há a necessidade de se falar em uma educação para os direitos humanos, tendo em vista que alguns países ainda desrespeitam esse direito que é intrínseco ao ser humano.

Gorczewski (2009, p. 103) aponta que “há um acerta unanimidade em se considerar que as raízes filosóficas dos direitos humanos estão intimamente ligadas ao pensamento humanista”, pois estão na essência desses direitos a sua ligação com a condição humana e principalmente com a sua vivência digna.

Esses direitos são essenciais da natureza humana, o mínimo para se viver com dignidade, nesse sentido Bobbio (1992, p. 5) já ressaltava que esses direitos para garantir serem garantidos passaram por inúmeras rejeições para se encontrar o que temos hoje de proteção, principalmente nos países ocidentais, por isso podemos dizer que eles são históricos “ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Nota-se que esses direitos não nascem de um momento a outro e de forma imediata, mas passam por um processo de evolução, e revoluções das pessoas em busca de maiores proteções para sua vivência com dignidade, momento em que são positivados pelos Estados em suas Constituições para que possam ser exigidos e garantidos, assim afirma Luño (1999, p. 48)

Los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

No momento em que são positivados no ordenamento jurídico dos países esses direitos humanos podem ser compreendidos, no entendimento de alguns autores, como direitos fundamentais³ e nesse sentido é o pensamento de Sarlet (2005, p. 35) quando menciona que “[...] o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.

³ Não será objeto desse trabalho fazer uma diferenciação minuciosa do que sejam direitos humanos e direitos fundamentais, por isso os autores apenas fizeram uma pequena diferenciação para que o leitor não confunda os termos direitos humanos com direitos fundamentais.

Quando se trata de Tratados Internacionais os países devem ratificá-los para que possam ter validade normativa perante aqueles que desejam pactuar com o que os tratados abordam, por isso muitos países abordam sobre os tratados em sua Constituição, pois trata-se de decidir internamente se ele será aplicado ou não. Nesse sentido Gorczewski (2009, p. 150) menciona

Para torna-los válidos e exequíveis devem ser ratificados. A ratificação não é matéria do direito internacional, mas de ordem constitucional de cada Estado que estabelece competência a um de seus órgãos para a assunção, em nome do Estado, do compromisso assumido.

Nem sempre se teve a proteção que se vê hoje, pois os direitos humanos foram violentamente violados e por isso se demonstra a importância de sua proteção para que não aconteçam atrocidades vistas antigamente. Embora esse assunto possa parecer superado, ainda nos tempos atuais verificamos várias transgressões aos direitos essenciais ao homem.

Com o cristianismo pode-se dizer que se começa a pensar no homem como um ser humano que possui valor, pois na religião se encontrava a justificativa pela existência do homem, baseada na imagem e semelhança de Deus, embora ainda não se pode falar em proteção ampla das pessoas e seus direitos essenciais, foi nesse período que se começam as manifestações na antiguidade para se falar sobre o assunto proteção do homem (MIRANDA, 2000, p. 17).

Assim como a Igreja, os Estados que começam a tomar forma na Idade Média, respeitam os direitos das pessoas, mas não são todos os tipos de pessoas que detêm o reconhecimento para que exista essa proteção, muitas classes não possuem visibilidade para que sejam consideradas iguais as outras, o que levou a manifestação de grupos isolados que estavam insatisfeitos com as diferenciações exercidas pelos reis.

A primeira manifestação no sentido de se proteger os súditos e se garantir algum tipo de direito, é a Carta Magna, datada de 1215, foi um documento inglês que delimitou os poderes do Rei João, na tentativa de se reduzir o seu poder absoluto, com o devido respeito a questões de legalidade e segurança. Ainda assim percebe-se que nessa época há o direcionamento dos direitos a determinados grupos, não tendo ainda os direitos humanos um caráter universal (COMPARATO, 2003, p. 71-80).

Nesse sentido desta Gorczewski (2009, p. 112) “esse documento, jurídico e político, é considerado como o grande totem de proteção dos direitos fundamentais”, uma vez que trouxe mudanças limitativas ao poder, sendo um instrumento importante que os senhores feudais conseguiram em sua proteção contra o rei.

Outra conquista inglesa que cabe mencionar é a *Petition of Rights* que segundo Gorczewski (2009, p. 112-113) “requeriam ao rei, dentre outras medidas, que nenhum homem livre fosse detido ou aprisionado, nem despojado de seus bens, de suas liberdades e garantias, nem posto fora da lei (...) senão em virtude de sentença legal (...)”, medida essa que colaborou para o respeito das condições primárias de liberdade.

Diante disso, observa-se uma mudança de comportamento no sentido de questionamentos acerca do poder absoluto dos Reis e sobre as regras postas aos cidadãos. Após esse período absolutista identifica-se o aparecimento de um Estado Liberal, mais concentrado e com garantia principalmente voltada para a proteção da liberdade individual, segurança e igualdade. Existindo também nessa época documentos importantes que fizeram essa proteção passar a valer, todavia ainda não se podia visualizar uma ampla proteção aos direitos humanos, pois apenas algumas pessoas podiam usufruir dessa liberdade, igualdade e segurança. (COMPARATO, 2003, p. 86)

Quando se fala em aparecimento de uma maior proteção dos direitos humanos e um processo de evolução e visibilidade para a garantia dos direitos essenciais do homem, não se pode deixar de mencionar a importância que tiveram duas Revoluções para o progresso da defesa desses direitos, sendo elas a Revolução Americana e Revolução Francesa.

Com a elaboração, em 1776, da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia há um salto para a demonstração do comprometimento com a proteção dos direitos das pessoas, tendo essas garantias, tais como proteção da vida, liberdade, felicidades entre outras garantias, sendo a Virgínia o primeiro Estado Estadunidense para a declaração de independência da colônia inglesa (GORCZEVSKI, 2009, p. 118).

Assim, em 1776, acaba sendo declarada a Independência dos Estados Unidos, sendo elaborada sua Declaração Americana de que todos os direitos do homem são superiores aos direitos políticos e garantia para que eles sejam respeitados, ratificando muitos direitos que a Declaração de Virgínia havia posto (COMPARATO, 2003, p. 49).

Após longos períodos de violações aos direitos inerentes ao homem, nasce, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa, que acabou por dar maior poder ao Poder Legislativo para proteger e representar o povo, fazendo com que a atuação do Executivo ficasse mais limitada e garantindo de uma forma mais universal e acessível a proteção dos direitos humanos (FERREIRA FILHO, 1998, p. 20).

Foi após a Segunda Guerra Mundial que os direitos humanos começaram a ter uma visibilidade internacional e com discussão em todo o mundo, assim ressalta Bobbio (2000, p. 49) “o início da era dos direitos é reconhecido com o pós-guerra, já que somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo – pela primeira vez na história – todos os povos”.

Com a centralidade do pensamento da dignidade da pessoa humana e diante das atrocidades que foram vivenciadas com a Segunda Guerra Mundial, desenvolve-se um pensamento voltado para o ser humano na sua concepção para que não se repitam os erros do passado e o cidadão possa viver com dignidade que lhe é devida. Nesse sentido Comparato (1997, p. 10-11) aponta que “o que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”.

E consolidando esse entendimento, Gorczewski (2009, p. 160) aponta que “a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos”, ou seja, para se falar em direitos humanos temos que ter como personagem principal a natureza da pessoa e a sua essência para que possamos compreender a sua proteção.

Ainda ressalta Comparato (1997, p. 28-29) que:

Percebe-se, pois, que o fato sobre o qual se funda a titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem, sem necessidade alguma de qualquer outra precisão ou concretização. É que os direitos humanos são direitos próprios de todos os homens, enquanto homens, à diferença dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos, em função de particularidades individuais ou sociais do sujeito.

Piovesan (2006, p. 18) afirma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos abordou os direitos humanos de forma ampla e direcionada a todos os países, conceituando como “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”, ou seja, os direitos humanos passaram a ter características universais e relacionadas com vários outros direitos para sua proteção e garantia.

E ainda destaca:

(...) a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a força de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão direitos humanos constante dos arts. 1º

(3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ressalta-se que, à luz da Carta, os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo dos Direitos Humanos. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de – na qualidade de um dos mais influentes, instrumentos jurídicos e políticos do século XX – ter-se transformado, ao longo dos mais de cinquenta anos de sua adoção, em direito costumeiro internacional e princípio geral do direito internacional.

Ainda após o surgimento da Declaração ainda houveram outras Cartas que vieram para ratificar e dar firmeza e especificidade na proteção dos direitos em suas diferentes gerações/dimensões⁴. A sua promoção e concretização ficou por conta dos países signatários que se comprometeram de dar efetivação a esses direitos.

No Brasil podemos falar em afirmação dos direitos humanos após a promulgação da Constituição de 1988, pois a positivação de muitos direitos fundamentais na Carta Magna Brasileira trouxe não apenas a garantia desses direitos, mas também mecanismos que oportunizassem a sua proteção e concretização por meio da sociedade e do Poder Público.

Além do âmbito universal e internacionalizado, tem-se também Cartas sobre Direitos Humanos em sistemas regionalizados como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que instituem

⁴ Não será objeto deste trabalho analisar as dimensões dos direitos humanos. Sobre esse assunto ler SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2004.

sistemas regionais para colaborar na concretização dos direitos humanos.⁵

É com a 9ª Conferência Internacional Americana que temos um grande passo para a abertura de um dos Sistemas de proteção aos direitos humanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, proclamando também a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, pois para que a defesa dos Direitos Humanos pudesse ser efetiva e concretizada deveria haver um Tribunal que pudesse protegê-los. (GORCZEWSKI, 2009, p. 168 – 177).

Dessa forma, percebendo a importância dos Sistemas que visam garantir a segurança dos direitos humanos e notando o quanto é valioso o resguardo desses direitos, passa-se a analisar a forma de atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a forma que se organiza para a defesa dessas garantias.

3 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Quando se fala em Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem se que abordar sobre dois órgãos importantes, Comissão⁶ e Corte⁷, que a compõe e que fazem o papel principal que é de proteção e garantia em âmbito internacional dos direitos humanos quando a sua violação ocorre por parte dos países que fazem parte desse sistema.

O Sistema do qual trata-se aqui nasce juntamente com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, sendo os direitos humanos a base para esse Sistema Interamericano de Direitos Humanos e como mencionado foi com a 9ª Conferência que se apresentam esses mecanismos.

⁵ Não cabe nesse momento fazer a especificação de cada Sistema, mas sim falar isoladamente em momento posterior sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao qual o Brasil é signatário.

⁶ Para mais informações sobre o funcionamento da Comissão ler <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>>

⁷ Sobre o Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos ler mais em <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi posta pela Declaração como o órgão principal desse sistema, “encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano”, ou seja, é na Comissão que o indivíduo encontra o primeiro contato com os mecanismos que irão proteger os seus direitos. (OEA, 2016)

Esse órgão é, ainda um órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos (OEA), visando sempre a proteção daquelas pessoas que estão em situação de vulnerabilidade e de discriminação. Atua sempre com o interesse do direito voltado para o ser humano e sua proteção

De forma complementar, outros conceitos formam seu trabalho: o princípio pro homine - segundo o qual a interpretação de uma norma deve ser feita da maneira mais favorável ao ser humano -, a necessidade de acesso à justiça, e a incorporação da perspectiva de gênero em todas suas atividades.

A criação da Comissão data de 1959, mas somente em 1960 é que se reuniu a primeira vez e em 1961 começaram a fazer visitas em locais para verificar como era a condição dos direitos humanos nos países e costuma lançar informes sobre a situação do país que podem ser consultados no site da própria Comissão.

Nesse sentido traz a cartilha de informações da OEA (2012)

A função da Comissão é promover a observância e a defesa dos direitos humanos nas Américas. Ela exerce essa função mediante a realização de visitas aos países, atividades ou iniciativas temáticas, a preparação de relatórios sobre a situação de direitos humanos em um país ou sobre um tema determinado, a adoção de medidas

cautelares ou pedido de medidas provisórias à Corte IDH e o processamento e análise de petições individuais, com o objetivo de determinar a responsabilidade internacional dos Estados por violações dos direitos humanos e emitir as recomendações que considerar necessárias.

As pessoas que sofrem violações aos seus direitos humanos podem buscar a proteção mediante a Comissão, por meio de apresentação de uma petição. A Comissão investigará o caso e poderá “formular recomendações ao Estado responsável para que se restabeleça o gozo dos direitos na medida do possível, para que situações similares não ocorram novamente no futuro e para que os fatos ocorridos sejam investigados e reparados” (OEA, 2016).

A pessoa que tiver violados os seus direitos humanos não terá a oportunidade de denunciar uma pessoa em específico, mas denunciará o país que teve seu direito não garantido, lembrando que apenas será possível isso, desde que a pessoa tenha esgotado todas as instâncias judiciais no país em que se originou a violação, conforme orientação do artigo 46, 1, a, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos ainda dispõe, no mesmo artigo, de outros mecanismos que podem ser possíveis de serem aplicados quando há a obstrução do acesso à justiça pelas pessoas, então dispõe que pode haver a dispensa da situação supracitada quando:

(...)

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

- b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e
- c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

O artigo 44 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aponta que qualquer pessoa que sentir a lesão de seus direitos humanos pode denunciar o país violador perante a Comissão: "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte."

A cartilha informativa da OEA (2012), ainda destaca que o país que for denunciado pode responder sob três hipóteses: por ação; por aquiescência ou por omissão:

- O Estado pode ser responsável pela violação de direitos humanos por:
- ◆ **ação** – como consequência de atos do Estado ou de seus agentes;
 - ◆ **aquiescência** (como consequência do consentimento tácito do Estado ou de seus agentes),
 - ◆ **omissão** (resultante do fato de que o Estado, ou seus agentes, não atuaram quando o deveriam ter feito).

Essa denúncia será realizada perante a Comissão, que não poderá responsabilizar uma pessoa em específico sobre a não concretização do direitos humano. O que poderá acontecer é a responsabilização de um Estado membro e não a individualização por pessoa, valendo ressaltar que apenas os países membros da OEA podem ser responsabilizados (OEA, 2012).

Os países podem ser responsabilizados por violar tanto a Declaração Americana como a Convenção Americana, dependendo de qual documento tiver ratificado e estiverem submetidos, sempre lembrando que só poderá versar denúncia sobre os países membros da OEA (OEA, 2012).

Assim que receber a denúncia a Comissão pedirá informações ao país denunciado, pode ainda decidir a Comissão que a denúncia realizada não é procedente e declarar a inadmissibilidade e improcedência da petição, podendo até mesmo chegar a uma solução amistosa entre o país violador e a pessoa que peticionou (artigo 48, CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS).

Já quando falamos em Corte Interamericana de Direitos Humanos fala-se em outro órgão importante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Esse organismo foi instalado em 1979, e tem sua sede em São José, Costa Rica, tendo como objetivo " interpretar e aplicar a Convenção Americana e outros tratados interamericanos de direitos humanos, em particular por meio da emissão de sentenças sobre casos e opiniões consultivas." (Cartilha de Informações OEA, 2012).

Ao contrário da Comissão que toda pessoa ou órgão possui acesso, o contato com o Corte Interamericana será realizado apenas pelos Estados membros ou da própria Comissão, conforme ressalta o artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Já o artigo 63 traz algumas medidas que podem ser tomadas pela Corte:

Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos,

bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Quando a Comissão compreender ser procedente a denúncia ela poderá encaminhar para a Corte os casos quando se estiver falando de países que hajam ratificado a Convenção Americana, sendo necessária também que haja o reconhecimento do mesmo da competência da Corte Interamericana, podendo haver uma única exceção no caso de um país não signatário reconhecer a sua atuação para apenas um caso concreto em específico (OEA, 2012).

Nas situações em que a parte deseje ajuizar o processo, este não precisará de um advogado que o represente, nem mesmo precisará pagar as custas do processo, tendo em vista que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, visa possibilitar o acesso à justiça que também é um direito humano (OEA, 2012).

Visando o acesso amplo a proteção dos direitos humanos a petição pode ser apresentada perante a Comissão pessoalmente, via e-mail, via correio ou via fax, todas as informações necessárias para a apresentação e sua forma de peticionar podem ser encontradas no site da OEA ou por meio de um formulário eletrônico na página www.cidh.org.

Quando o caso for para a Corte Interamericana, essa emitirá uma sentença, que será fundamentada, tendo caráter definitivo sem possibilidade de ser apelável, conforme determina o artigo 67 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Apenas em 1992 o Brasil se tornou parte e assumiu a Convenção Americana de direitos humanos, se submetendo a sua jurisdição em 1998, quando se submetem a Convenção o Estado acorda em cumprir as decisões da Corte Interamericana, conforme art. 68, o que acaba não acontecendo em alguns momentos, situação que será exposta no próximo ponto.

Até o momento o país possui cinco condenações e mais quatro casos que ainda serão sentenciados. O país em muitos dos casos geralmente paga suas indenizações, mas quanto a implementação de políticas públicas que efetivamente cumpram o restante das sentenças nem sempre é cumprido, o que acontece por exemplo com decisão sobre o caso da Guerrilha do Araguaia⁸.

A grande problemática que gira em torno do tema é exatamente até que ponto os países estão atrelados e devem efetivamente cumprir as decisões da Corte Interamericana. Assim que o país assume o compromisso e aceita a jurisdição do Sistema Interamericano está ele submetido ao seu sistema, ocorre que em muitos pontos pode-se no cumprimento da decisão se esbarrar na soberania nacional e independência que possui os poderes.

4 O BRASIL E O (DES)CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

⁸ Sobre o caso da Guerrilha do Araguaia e demais casos em que o Brasil seja parte na Corte Interamericana de Direitos Humanos, acessar <<http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>>

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, viu-se a necessidade de ratificar o comprometimento do país com a proteção e efetivação dos direitos humanos, uma vez que o Brasil havia passado por um período conturbado com a ditadura militar. A Carta Magna Brasileira trouxe diversos mecanismos que colaborassem para a concretização dos direitos fundamentais da própria norma constitucional, mas também dos direitos que se encontram postos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em 2004 conforme aponta Campos (2015, p. 84) tivemos uma mudança significativa na Constituição Federal acerca do tema Tratados de direitos humanos:

Com a emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, inclui-se o parágrafo 3º ao art. 5º, determinando que os tratados de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus membros, serão equivalentes a emenda constitucional.

Estranhamente, o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos é mais simples que ao STF, corte constitucional brasileira, eis que esta é conhecida por adotar uma jurisprudência defensiva, responsável por afastar muitas demandas de forma preliminar por pequenos vícios de admissibilidade:

O maior paradoxo daí decorrente, em nosso País, é que o indivíduo que tenha um direito fundamental violado por uma decisão judicial pode alcançar a jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por força da nossa adesão ao Pacto de San José da Costa Rica, mas

possivelmente não conseguirá levar o seu pleito ao nosso Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os filtros à admissibilidade do recurso extraordinário, ampliados com a introdução do pressuposto da repercussão geral. (GRECO, 2015, p. 40).

O Código de Processo Civil Brasileiro, trata a partir do art. 960 de casos de homologação de decisão estrangeira e da concessão do *exequatur* à carta rogatória, incumbência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, conforme Campos (2015, p. 87) as decisões da Corte não estariam sujeitas a esse procedimento para o ingresso no ordenamento brasileiro, sendo sua aplicação imediata e podendo ser facilitada se existisse um procedimento que facilitasse a sua aplicabilidade.

As decisões deste Tribunal não necessitam de tal crivo por previsão expressa na lei de procedimentos brasileira (Lei 13.105/2015) em seus artigos 960 e 961, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 68:

Art. 960. A homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

[...]

Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado.

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão

da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Percebe-se que embora as decisões sejam de aplicabilidade imediata pouco se consegue fazer quando o Estado não cumpre ou elabora as medidas adequadas, mas há um mecanismo que costuma funcionar que é a imposição de uma indenização que o Estado Brasileiro deve realizar frente à vítima, conforme orientações da OEA.

Muito que se fala sobre essas decisões dos Tribunais Internacionais principalmente esses que tratam sobre os direitos humanos, tem-se a questão da soberania nacional envolvida, pois muitos Tribunais ainda apresentam resistência em fazer cumprir as decisões em razão da soberania nacional.

Dallari (2010, p. 74) aponta que junto com a soberania nacional ainda pode-se destacar como caracterizador do Estado o povo e o território, sendo o poder que exerce o Estado dentro de seu território não podendo outro Estado violá-lo. Possui o Estado autonomia para governar-se e realizar suas demandas e de seus administrados.

Se verifica, portanto, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é carente de um dos principais poderes da jurisdição moderna, senão, vejamos:

Para a moderna doutrina, a *jurisdição* compreende os seguintes *poderes jurisdicionais*:

a) *Poder de decisão* – Através desse poder, o Estado-juiz afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei, por dois modos possíveis e com diferentes efeitos: afirma uma vontade de lei concernente às partes, através de

uma sentença de mérito, reconhecendo a uma delas um bem da vida, e garantindo-o para o futuro, no mesmo ou em outros processos, com efeito de coisa julgada material; e, por outro lado, afirma uma vontade de lei concernente ao dever do juiz de pronunciar-se sobre o mérito, julgando sobre a sua própria atividade, sem o feito de coisa julgada material, com eficácia limitada ao processo em que é proferida, sem obrigar em outros processos.

Esse poder de decisão, de dizer a última palavra sobre o que é e o que não é o *direito*, é típico da atividade jurisdicional, com o que o juiz decide o mérito dos conflitos, excluindo-o da apreciação de qualquer outro órgão, pertencente aos demais poderes do Estado.

b) Poder de coerção – Este poder se manifesta com mais intensidade na execução, embora esteja presente também no processo de cognição, como no ato de notificação ou de citação; em que se o destinatário se recusa a receber materialmente o mandado, considera-se como se tivesse sido entregue.

Em virtude desse poder, pode o juiz determinar a remoção de obstáculos opostos ao exercício de suas funções; sujeitar ao seu poder os presentes à audiência (partes, advogados, assistentes); admoestar e afastar os infratores etc. A testemunha, por exemplo, tem o dever de comparecer, podendo ser conduzida à força se se recusar a

colaborar com a Justiça. O juiz pode ainda requisitar a presença de força policial, para vencer qualquer resistência ilegal, das partes ou de terceiros, no cumprimento das suas decisões.

c) *Poder de documentação* – Este poder resulta da necessidade de documentar, de modo a fazer fé, tudo o que ocorre perante os órgãos judiciais, como termos de assentada, de audiência, de instrução, certidões de notificação, de citação etc. (ALVIM, 2016, p. 83-84)

Além do poder coercitivo, a jurisdição, para que seja efetiva, também deve ser inevitável:

[...] **inevitabilidade:** a função jurisdicional, tal como toda função do Estado, é exercida *com fundamento no poder*, como bem lembra Cândido Dinamarco. Assim, como consequência da imperatividade inerente, não se pode simplesmente subtrair-se à jurisdição e seus efeitos. Aquele que foi citado para integrar uma relação processual pode até deixar de contestar, ou mesmo de praticar qualquer ato no processo, abstendo-se por completo, mas a jurisdição irá atuar normalmente, ainda que à sua revelia. (DELLORE, 2016, p. 127).

O que se vê, portanto, é que a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é carente de poder coercitivo de suas decisões de forma efetiva, eis que somente se verifica cumprimento espontâneo e efetivo do Brasil em condenações de obrigações pecuniárias, a problemática se verifica

em eventuais condenações de caráter diverso do pecuniário (fazer, não fazer e dar).

O Código de Bustamante em seus artigos menciona que:

Art. 430. Quando se acorde cumprir a sentença, a sua execução será submetida aos tramites determinados pela lei do juiz ou tribunal para as suas próprias sentenças.

[...]

Art. 433. Aplicar-se-á também esse mesmo processo às sentenças cíveis, pronunciadas em qualquer dos Estados contratantes, por um tribunal internacional, e que se refiram a pessoas ou interesses privados.
(CONVENÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (Código de Bustamante) Adotada na Sexta Conferência Internacional Americana, reunida em Havana, Cuba, e assinada a 20- 2-1928. Aprovada, no Brasil, pelo Dec. no 5.647, de 8-1-1929 e promulgada pelo Dec. no 18.871, de 13-8-1929.

Tendo em vista que as decisões da Corte de Justiça em questão, quando extrapolam o caráter indenizatório, não podem ser encaradas meramente como decisões de interesse privado, mas sim de interesse geral e público, dessa forma, há de se criar previsões legais para que seja dado poder coercitivo para tais decisões.

Nesse sentido Ramos (2002, p. 331) declara que

(...) a reparação em sentido amplo pode ser concretizada sob várias espécies, sendo a indenização apenas uma delas. Logo, as outras medidas reparatórias

não-pecuniárias dependerão exclusivamente dos mecanismos internos, sendo a sentença internacional meramente declaratória.

Apesar de existirem nos tratados previsões de que os países devem cumprir as decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil em alguns pontos tem deixado de cumprir alguns pontos, com a justificativa da soberania nacional e com base em seu ordenamento jurídico.

Faz-se necessário que o Brasil repense o sentido de fazer do Sistema Internacional para a proteção dos direitos humanos e crie mecanismos que facilitem com que os Tribunais, até mesmo o Supremo Tribunal Federal acate as decisões da Corte Interamericana para que possa haver uma segurança jurídica quanto a concretização destes e uma reciprocidade enquanto membro da Organização dos Estados Americanos.

5 CONCLUSÃO

Os direitos humanos tiveram uma evolução significativa após o período pós Segunda Guerra Mundial, onde se verificou um movimento internacional no sentido de proteger a dignidade da pessoa humana, tentando-se evitar que novos movimentos que a ferissem pudessem surgir.

Após esse período vários países começaram a adotar a proteção desses direitos, trazendo a sua guarida para as Constituições Federais e criando mecanismos que possibilitassem a sua concretização e efetivação, não sendo diferente com o Brasil que em 1988 positivou vários direitos humanos como direitos fundamentais em sua Constituição.

Na esfera internacional foram elaborados diversos tratados de proteção aos direitos humanos e também foram criados Sistema Regionais permitindo aos Estados a submissão às jurisdições destes, possibilitando às pessoas que tivessem seus direitos violados que denunciasses seus países ao Sistema para a devida punição internacional.

Verifica-se que a proteção e efetivação dos Direitos Humanos, especificadamente no Brasil, vem evoluindo desde a

sua primeira manifestação até a atualidade, contudo, quando se trata de implementação de políticas públicas (obrigações de fazer), ainda há timidez no que tange a força coativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem exercido relevante papel diante das nações do continente americano, contudo, quando se trata da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há de se compreender que ainda há um longo e relevante caminho a ser trilhado, uma vez que ainda há lacunas e incertezas quando se trata em realização, efetivação e poder coercitivo das decisões no campo material de decisões de implementação de políticas públicas.

O Brasil demonstra compromisso com a concretização da decisão da Corte e indicações da Comissão, mas em alguns momentos não tem dado a concretização necessária para as sentenças. O país precisaria criar mecanismos que possibilitassem a coerção para o cumprimento e concretização efetiva dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. Fundamento dos Direitos Humanos. 1997. Disponível em <
http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf> Acesso em 20 de dez. 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 29ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

- DELLORE, Luiz. Teoria geral do processo contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GORCZEWSKI, Clovis. Direitos Humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais, 1. ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Breve história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp> Acesso em 21 dez 2016.
- _____. Cartilha de Informações. Disponível em http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFollet_o_port.pdf Acesso em 30 dez 2016.
- _____. Código de Direito Internacional Privado. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_an_exo3.pdf Acesso em 21 dez 2016.
- _____. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm Acesso em 21 dez 2016.
- _____. O que é a CIDH? Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp> Acesso em 20 dez 2016.
- _____. Sistema de Casos e Petições. Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/peticiones.asp> Acesso em 21 dez 2016.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

A Proteção dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de ...

- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CAPÍTULO XIV

O trabalho de imigrantes indocumentados latino-americanos no Brasil: uma análise da situação dos trabalhadores em condição análoga à de escravo e seus efeitos jurídicos

ADRIANA WYZYKOWSKI¹

LORENA BEHRENS²

Faculdade Baiana de Direito (Brasil)

INTRODUÇÃO AO TRABALHO

O estudo da condição jurídica dos imigrantes indocumentados encontrados em condição análoga à de escravo e a possibilidade da efetivação dos direitos fundamentais sociais a estes é o principal problema no qual se pretende debruçar. Serão enfrentadas barreiras em razão da condição migratória enquanto fato impeditivo para o gozo de direitos. Estuda-se, então, a viabilidade de contemplação de garantias pelos imigrantes indocumentados em igualdade com aquelas asseguradas aos nacionais do país.

O recorte temático do trabalho volta-se aos migrantes econômicos, ou seja, àqueles indivíduos que migram motivados por melhores oportunidades de trabalho e, conseqüentemente, ascensão financeira que garanta uma vida digna.

O objetivo da pesquisa consiste no estudo social dos direitos pleiteados pelos imigrantes indocumentados no Brasil, dando foco à perspectiva trabalhista.

¹ Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia, Professora da Universidade Federal da Bahia, Universidade Estadual do Estado da Bahia e Faculdade Baiana de Direito

² Bacharela em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

O conceito de imigrante possui correlação com a noção de nacional e estrangeiro, sendo extraído da perspectiva do país que recebe o indivíduo advindo do exterior. Para Francisco Rezek³, é necessário fazer uma distinção fundamental entre o imigrante (aquele que se instala no país com intuito de permanecer definitivamente) e o forasteiro temporário que aduz o caráter passageiro da permanência no país, entre eles: turistas e estudantes.

Logo, o termo imigrante é utilizado no espectro do indivíduo que se desloca para um país estrangeiro com objetivo de permanência no seu território, no qual serão estabelecidas relações afetivas, culturais e trabalhistas.

A admissão do estrangeiro no Brasil é feita a partir de títulos de ingresso, que variam de acordo com as relações internacionais existentes entre o país de origem e o de destino do indivíduo e do tempo de permanência do sujeito no território do país.

Valerio Mazzuoli⁴ elucida que poderá ser concedido ao estrangeiro que pretende entrar no território nacional: visto de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático⁵.

³ REZEK, José Francisco; **Direito Internacional Público: curso elementar**. 14 ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 232 *et. seq.*

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 746 *et. seq.*

⁵ As modalidades de visto que podem ser concedidas no Brasil são: Visto de turista:estrangeiro em caráter recreativo ou de visita, que não possui intenção imigratória nem tampouco de estabelecimento de vínculo trabalhista (prazo de 90 dias prorrogáveis por mais 90 dias).

Visto temporário: concedido em casos de viagem cultural ou missão de estudos, em viagens de negócio, na condição de artista ou desportista, na condição de estudante, cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do Governo Brasileiro, na condição de correspondente de meios de comunicação e na condição de ministro da confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa. Os prazos entre essas categorias variam entre 90 dias e quatro anos.

Visto permanente: concedido àqueles que tem por objetivo fixar-se definitivamente no país, com interesse de trabalho e estabelecer família. A concessão de visto permanente poderá ficar condicionada por prazo não superior a cinco anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional. Para a obtenção do visto permanente, o estrangeiro precisa obedecer exigências de caráter especial e apresentar todos os documentos necessários para tanto.

Visto de trânsito: concedido aqueles estrangeiros que, para entrarem no país de destino

O trabalho de imigrantes indocumentados latino-americanos...

Cumpra-se notar que a admissão do estrangeiro no Brasil perpassa pela discricionariedade do Estado. Logo, o visto concedido pela autoridade consular é tão somente uma expectativa de direito, na medida em que não garante ao estrangeiro sua entrada no país, possuindo o Estado a prerrogativa para negar a concessão da mesma⁶.

Com relação ao Brasil enquanto Estado receptor de migrantes, os fluxos migratórios provenientes da América Latina se fundam nas desigualdades econômicas dos países que a formam, motivando as pessoas a cogitarem a afastarem-se de seus territórios nacionais em busca de conquistar melhores condições de vida. Devido ao crescimento econômico brasileiro o país tornou-se, no contexto latino-americano, Estado receptor de um enorme contingente de latino-americanos que migram motivados pela questão econômica de seus países de origem. O aumento expressivo do número de migrantes relaciona-se diretamente com o contexto da globalização. Assim, o conhecimento de que existem novas realidades dá esperança aos indivíduos que se encontram em más situações econômicas a reinventarem suas vidas em outro país⁷.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 4º que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações”⁸.

Houve uma mudança significativa também em relação aos grupos sociais que optam por estabelecer a vida em outros países. Se inicialmente a grande massa de migrantes era formada por profissionais

precisam passar pelo território nacional. É válido por 10 dias e não é exigível de passageiros que estão em viagem contínua.

Visto diplomático: destinado aos representantes de soberanias estrangeiras.

Visto de cortesia: concedido a pessoas de reconhecido valor que são convidadas pela autoridade brasileira.

Visto oficial: Destinado aos estrangeiros em missão oficial. PORTAL CONSULAR. **Vistos para estrangeiros.** Disponível em:

<<http://www.portalconsular.mre.gov.br/estrangeiros/vistos-para-estrangeiros>>. Acesso em: 15 maio 2016

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 746

⁷FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos Humanos dos Migrantes: Ordem Jurídica Internacional e Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 45.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/const1988>. Acesso em: 20 dez. 2016

qualificados e de estabilidade financeira, posteriormente essa realidade modificou-se, possibilitando que pessoas de baixa renda começassem a se deslocar pelo globo. O reflexo atual dessa mudança de paradigma está na condição jurídica de irregularidade dos migrantes, pois a maioria deles não preenche as exigências feitas pelo Brasil para a concessão de visto. Atualmente, com a massificação das informações e o baixo custo de deslocamento entre países, tornou-se mais viável a imigração de indivíduos com baixa ou nenhuma qualificação profissional⁹.

Passando por essas noções conceituais, faz-se necessário o estudo de alguns diplomas que tratam dos direitos dos migrantes. Para tanto, foram selecionados para serem tratados no presente artigo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito internacional e o Estatuto do Estrangeiro e Constituição Federal Brasileira, no âmbito nacional, pela relevância dos mesmos. Contudo, não se afasta com isso a importância de outros diplomas pertinentes ao tema das migrações, tais com as Convenções 97 e 143 da Organização Internacional do Trabalho. No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é marcada pela característica da universalidade. Assim, os direitos nela estabelecidos aplicam-se a todo e qualquer indivíduo. O artigo 2º confirma essa aplicação universal na medida em que estabelece que todos os indivíduos são protegidos pelos direitos e liberdades nela estabelecidos, “sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação”¹⁰.

Considerando que os direitos humanos são efetivamente universais, para que uma pessoa possua titularidade destes, somente se requer um requisito: a condição de integrante da espécie humana. A universalidade, então, genuinamente diz respeito à garantia de direitos independentemente das situações que os seres humanos vivenciem. Quaisquer que sejam as circunstâncias em que o ser humano esteja

⁹ FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos Humanos dos Migrantes**: Ordem Jurídica Internacional e Brasileira. Curitiba: Juruá, 2012, p. 47

¹⁰ FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

inserido, o fato de ser biologicamente humano já o legitima como detentor de direitos humanos¹¹.

Com relação aos diplomas nacionais, a Constituição Federal de 1988¹² instaurou no Brasil o regime político democrático, trazendo consigo avanços na garantia dos direitos fundamentais. Além disso, preocupou-se em proteger os setores mais vulneráveis da sociedade brasileira. O contexto de promulgação da Carta é marcado pela transição entre o regime ditatorial para o regime democrático, fato que justifica o cuidado com relação à instituição de direitos sociais, mudando essencialmente a política brasileira de direitos humanos.

É evidente que os direitos fundamentais constituem elementos imprescindíveis para a concretização do Estado Democrático de Direito, na medida em que exercem uma função democratizadora.¹³ Dentre esses direitos, a igualdade é aquele que merece destaque, primeiramente por sua reiterada presença no texto constitucional e, também, em razão de embasar o tratamento jurídico entre brasileiros e estrangeiros.

O artigo 5º da Carta Magna prevê a igualdade, determinando em seu *caput* que “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.” A interpretação desse dispositivo ratifica a igualdade como sendo uma base sólida que pauta toda a Carta.

Dando prosseguimento aos diplomas nacionais que se aplicam aos migrantes, chega-se o momento de análise do Estatuto do Estrangeiro. A Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980 tem o condão de definir a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e criar o Conselho Nacional de Imigração¹⁴.

¹¹ MARÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona. *In: Justicia, Solidaridad, Paz*. Valencia: Quiles, 1995, p. 264.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/cf1988>. Acesso em: 30 dez. 2016

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 6.815**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm> Acesso em: 31 dez. 2016.

A primeira observação a ser feita diz respeito à temporalidade desta lei. Por ser anterior à Constituição Federal de 1988 possui fundamentos que não se compatibilizam com o Estado Democrático de Direito. É norma infraconstitucional, submetendo-se à interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de alinhar aos valores trazidos pela Carta.

O grande desafio de compatibilização entre a Constituição Federal e o Estatuto do Estrangeiro diz respeito ao princípio da igualdade. Base da Carta Magna, a igualdade tem que ser analisada no plano concreto, tendo em vista dissonância com a preferência pelo nacional (evidente no rigor trazido pelo Estatuto). Essa compatibilização é de difícil alcance, já que o fator discriminante entre nacionais e estrangeiros consiste a ideia de soberania nacional. Não se nega a importância da soberania enquanto princípio, contudo, ressalta-se a nocividade da mesma se aplicada sem limitações. Assim, é importante a observância do direito do estrangeiro de se sentir pertencente a uma nação que adentrou com intuito definitivo¹⁵.

O conceito de igualdade leva em consideração a existência de dois termos, na medida em que é um valor que só pode ser estabelecido por meio de uma comparação entre duas ou mais ordens de grandeza. Liga-se diretamente ao princípio da não discriminação, ou seja, a partir do reconhecimento de que todos são iguais perante a lei, passa-se ao respeito da diversidade, impossibilitando que determinados grupos de pessoas sejam excluídos do exercício de direitos comuns a todos¹⁶.

A não discriminação deve ser entendida como o paradigma para se analisar a questão do trânsito internacional de pessoas, orientando as regulações práticas e políticas da matéria, funcionando como o próprio valor principal ao se falar do tratamento jurídico dispensado aos migrantes. A presunção da igualdade frente à ordem jurídica e sua consequente concretização no plano dos fatos é a única maneira de garantir a compatibilidade do resguardo dos direitos

¹⁵ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. O direito a não discriminação dos estrangeiros. **Boletim Científico ESMPU**. a. 11, n. 37, p.37-61. Brasília, 2012, p. 42

¹⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Dicionário de Direitos Humanos: Igualdade**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Igualdade>> . Acesso em: 21 dez. 2016.

direcionados aos migrantes com a dignidade da pessoa humana, que prevalece sobre qualquer condição migratória¹⁷.

Cristiane Sbalqueiro Lopes estuda a necessidade de se pensar numa compatibilização do princípio da igualdade com a preferência pelo nacional. A autora, de pronto, aponta a dificuldade dessa lógica, tendo em vista sua evidente oposição. Contudo, muito embora se admita que as políticas migratórias de um país sigam critérios baseados na soberania nacional, é necessário diferenciar a lei dos fatos. Até o momento em que o estrangeiro não pisou em solo brasileiro, todas as restrições para tanto são válidas, porque, contemporânea ou não, a lei vigente trata dos procedimentos de estadia e autorização para viver no Brasil. Contudo, a partir do instante que o estrangeiro já adentrou no país, legal ou ilegalmente, merece ter direitos respeitados¹⁸. Esse entendimento é incorporado ao contexto trabalhista. Veja-se:

A partir do momento em que ocorre a incorporação do estrangeiro no mercado de trabalho, ainda que na economia informal, não haverá como se negar a reconhecer a igualdade de direitos para com o nacional, pois essa premissa de que o estrangeiro é uma pessoa ausente (e que, portanto, as situações não são comparáveis) se desvanece diante da imigração como fato (e não mera hipótese)¹⁹.

O fundamento trazido pela autora é relevante ao tema dos imigrantes indocumentados. A separação nítida entre fato e norma faz com que seja possível compreender a igualdade formal enquanto hipótese normativa, convergindo para o momento em que o legislador criou a lei. De outro lado, a igualdade material volta-se ao plano dos fatos, que em nada se confunde com o que o que está descrito no papel. O fato é que a realidade da imigração existe e se manifesta de inúmeras

¹⁷ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 51

¹⁸ LOPES. Cristiane Maria Sbalqueiro. O direito a não discriminação dos estrangeiros. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a.11 – n. 37, p. 37-61, 2012, p. 42.

¹⁹ LOPES. Cristiane Maria Sbalqueiro. O direito a não discriminação dos estrangeiros. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, a.11 – n. 37, p. 37-61, 2012, p. 42.

formas, sendo uma das mais evidentes a forma irregular. Ignorar esse contexto não resolve a problemática dos imigrantes indocumentados, ao contrário, acentua o estereótipo do estrangeiro enquanto “o outro”, distanciando-o da condição de sujeitos de direitos no Estado receptor.

Ademais, a defasagem do Estatuto do Estrangeiro é vislumbrada também na explícita diferença quantitativa entre as normas que regulam a entrada do estrangeiro no país e as normas que contemplem os direitos sociais e de trabalho do imigrante. A supervalorização de normas que burocratizam a entrada do estrangeiro no território nacional só comprova o tratamento dado a ele pelo Estatuto, como um assunto de segurança nacional. Por outro lado, a ausência de normas que apreciem os direitos humanos dá a lei vigente notória necessidade de mudança, posta a inobservância de valores fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Em razão dessa discrepância em relação aos direitos humanos, atualmente tramita o Projeto de Lei 2516/15 que tem por objetivo estabelecer uma Nova Lei de Migrações.

Com relação especificamente ao tema trabalhista dos imigrantes indocumentados, o panorama trazido pelo Estatuto do Estrangeiro é de omissão. O diploma não se preocupou em regulamentar as relações trabalhistas estabelecidas por esses imigrantes no Brasil. Por outro lado, o atual Projeto de Lei 2516/15 também não traz avanços ao prever os direitos trabalhistas entre o rol das garantias que não poderão ser contempladas pelos imigrantes em situação de irregularidade documental. Se a justificação do projeto de lei é pautada nos direitos humanos independentemente do status migratório, logo em seu artigo 4º são elencados os direitos que poderão ser exercidos pelos imigrantes indocumentados em apartado daqueles garantidos aos imigrantes documentados²⁰. Em verdade, denota-se a contradição prevista neste projeto em tramitação, bem como a repetição de valores arcaicos no tratamento dos direitos dos imigrantes indocumentados.

A situação de irregularidade dos imigrantes torna claro que na prática, a imigração é levantada como questão meramente política. A interpretação da irregularidade pauta-se num viés estritamente punitivo. A regularidade de um estrangeiro no Brasil fica condicionada ao

²⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 2516/15**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

preenchimento de uma série de requisitos, que em geral rechaçam os indivíduos de baixa escolaridade e sem qualificação profissional, admitindo como imigrantes regulares tão somente os que venham a somar no mercado interno e não representem uma ameaça à economia²¹.

O imigrante indocumentado é aquele que não atende às regras de admissão do país de destino, seja porque entrou em território estrangeiro sem autorização para tanto ou porque permanece além do período para o qual estava autorizado²². Vê-se que a situação de irregularidade perpassa diretamente pela formalidade processual exigida para uma pessoa adentrar em território que não seja o seu. Os limites impostos a essa locomoção muito dizem sobre quem o país quer receber e com quais justificativas. Portanto, as migrações também devem ser vislumbradas num espectro utilitarista, na medida em que as restrições legais refletem diretamente na seleção dos indivíduos que podem ou não adentrar no país.

Caçado Trindade tece crítica pertinente ao processo de globalização, considerando que o mesmo abriu as fronteiras para os capitais, serviços e bens e fechou para os seres humanos. A globalização que ideologicamente abarca a todos, não deixa de ser, em verdade, uma forma de esconder a fragmentação do mundo moderno, o que significa a marginalização de seguimentos sociais crescentes²³.

Considerando a realidade e número crescente de imigrantes indocumentados, as possibilidades de regularização posterior à entrada no país desses indivíduos não são animadoras. Existem alguns entraves que dificultam a celeridade desse processo. Primeiramente, a burocratização trazida pelo Estatuto do Estrangeiro dificulta o procedimento, pois a estratégia governamental que permite a regularização é falha. Isso é uma consequência direta da norma em vigor, que resulta em condições não favoráveis aos imigrantes, na medida em

²¹ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 88

²² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre Migração**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <cynthiamaral@yahoo.com.br>. Acesso em: 31 dez. 2016, p.47.

²³ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. Voto *In*: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinião Consultiva OC-18/03. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_18_esp.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2016.

que são tratados no âmbito da segurança nacional. Ademais, a ausência de secretarias especializadas em imigração no país bem como a inexistência de uma política migratória torna o processo de regularização moroso²⁴.

A condição de irregularidade submete os imigrantes a uma situação que impossibilita o exercício de seus direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Isso porque, o fato de não estarem munidos dos documentos necessários para a permanência no país é intimidador, na medida em que estimula o receio de serem localizados pelas autoridades e terem que, obrigatoriamente, retornar ao país de origem.

Segundo Ana Paula Saladini, esse ambiente intimidador ao imigrante indocumentado faz com que se gere um ciclo de exclusão: exatamente por acreditar que está totalmente desamparado de direitos, é submetido a trabalhos em condições irregulares. Caso denuncie a situação, sofre o risco de ser deportado. Por outro lado, se não faz a denúncia, perpetua-se a violação de sua dignidade. Mesmo que reconhecido o direito de propor ação trabalhista para receber os valores que lhes são devidos, o acesso à justiça muitas vezes é impossibilitado em razão da própria carência econômica dos imigrantes, que muitas vezes não possuem condições para se deslocarem até o local das audiências agendadas²⁵.

Para que se compreenda o nexo existente entre os imigrantes indocumentados e a condição análoga à de escravo, faz-se necessária a compreensão da escravidão contemporânea.

É necessário compreender a dificuldade de se estabelecer um conceito universal para a escravidão que pudesse explicar satisfatoriamente momentos históricos diferentes, porque a escravidão não deve ser enxergada como um status, mas sim como um processo.

²⁴ DUARTE, Luan Ernesto. Lei da ditadura e falta de estrutura dificultam a vida de imigrantes. **Caros Amigos**. Nov./2015. Disponível em: <<http://www.carosamigos.com.br/index.php/cotidiano/5639-lei-da-ditadura-e-falta-de-estrutura-dificultam-vida-de-imigrantes>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

²⁵ SALADINI, Ana Paula Seffrin. Direitos Humanos, Cidadania e o Trabalhador Imigrante Ilegal no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. 2011. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1440>>. Acesso 19 dez. 2016, p. 16

Logo, se está diante de um complexo em movimentação, devendo-se estar atento à sua fluidez²⁶.

Há necessidade de desmistificação do indivíduo escravizado à maneira como se é estudada a história tradicional. Os elementos que constituem o trabalho escravo contemporâneo passaram por um processo de aperfeiçoamento. As mudanças ocorridas nas formas de manifestação da escravidão ao longo do tempo geram estranheza, já que: “se utilizarmos a técnica de associação livre das palavras, as primeiras imagens que vêm à mente quando se fala em escravidão estão relacionadas à privação de liberdade, correntes, grilhões, chibatadas e correntes”²⁷. Logo, a condição análoga à de escravo diferencia-se do modelo de escravidão tradicional. Neste último, o escravo era considerado um objeto de direito ao qual se poderia dispor, em razão do exercício do direito de propriedade dos senhores de engenho.

O artigo 149 do Código Penal Brasileiro, muito embora não conceitue a condição análoga à de escravo, estabelece elementos fundamentais ao seu entendimento. Veja-se:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§1º nas mesmas penas incorre quem: i — cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o

²⁶ REDE, Marcelo. **Escravidão e Antropologia**. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg6-1.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017, p. 1

²⁷ HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. Aspectos penais do trabalho escravo. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496971/000991306.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 jan. 2017

fim de retê-lo no local de trabalho; II — mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§2º a pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I — contra criança ou adolescente; II — por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Como observado, o tipo penal supracitado considera hipóteses de configuração crime de redução à condição análoga à de escravo: o trabalho forçado, a servidão por dívida, as jornadas exaustivas e as condições degradantes. Esse dispositivo foi elogiado pela Organização Internacional do Trabalho, tendo em vista sua abrangência temática representar um avanço na proteção dos trabalhadores. Entretanto, muito embora no plano normativo a previsão penal pareça satisfatória, ainda é comum serem noticiadas situações de resgate de indivíduos encontrados em situações precárias, totalmente submetidos aos seus empregadores. Nesse panorama, os sujeitos de direito muitas vezes são migrantes advindos da Bolívia, Paraguai ou Peru, que veem no Brasil uma esperança para o seu sustento digno. Essas situações de exploração laboral demonstram uma afronta aos direitos humanos mínimos, entre eles a liberdade e a dignidade. Há o que se chama de “coisificação de pessoas vulneráveis social e economicamente”, não se confundindo com meras irregularidades trabalhistas²⁸

A compreensão da irregularidade migratória deve ser guiada pelo princípio da igualdade material, tendo em vista a notória situação de vulnerabilidade à qual estão submetidos esses indivíduos. Se a condição de estrangeiro já remete à noção daquele que está apartado da nação, o status de irregularidade acaba por firmar ainda mais essa marginalização. Em razão da condição social dessas pessoas, a situação torna-se mais

²⁸ NOGUEIRA, Christiane V.; KALIL, Renan. **Trabalho escravo: risco de retrocesso**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2015/01/trabalho-escravo-risco-de-retrocesso/>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

suscetível à realização de trabalhos informais (já que para trabalhar formalmente é necessária documentação regularizada)²⁹. Nesse sentido:

Os migrantes, especialmente os que estão em situação irregular ou desautorizados a trabalhar, são, aos interesses das empresas exploradoras, convenientemente considerados como reserva ideal de trabalho flexível, aptos para trabalhar mais horas por menos e com limitadas possibilidades de solicitar benefícios ou outra proteção. Por estarem à margem da proteção da segurança no trabalho, da saúde e de outras normas, são empregados em geral em setores onde tais normas não existem, não se aplicam ou simplesmente não se respeitam³⁰.

A política migratória atual tem forte condão nacionalista, o que acaba por inviabilizar um tratamento que garanta ao imigrante um patamar de igualdade em comparação aos naturais do país. Nesse sentido, Baraldi ressalta que as políticas migratórias acabam por criar problemas que teoricamente buscam rechaçar: imigração irregular, exploração de mão de obra, violação dos direitos dos imigrantes e conflitos sociais³¹.

Em se tratando do nacionalismo exacerbado, Cristiane Sbalqueiro Lopes elucida a fragilidade desse conceito, tendo em vista por vezes representar um excludente aos migrantes. A autora evidencia o perigo do nacionalismo se converter em um tratamento xenófobo aos

²⁹ BBC Brasil. **Estrangeiros resgatados de escravidão no Brasil são “ponta de iceberg”**. Disponível em:

<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130508_trabescravo_estrangeiros_fl>. Acesso em: 04 dez. 2016.

³⁰ FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 131.

³¹ BARALDI, Camila Bibiana Freitas. **Migrações internacionais, direitos humanos e cidadania sul-americana: o prisma do Brasil e da integração sul-americana**. 2014. Tese. Orientadora: Profa. Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura. (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 44

imigrantes. Ademais, defende que a nacionalidade do indivíduo não deveria ser impeditiva ao exercício de direitos³².

Para Timóteo, a garantia dos direitos fundamentais do trabalho não é inviabilizada em razão da condição migratória do indivíduo, ou seja, não é o status da migração que vai determinar se o sujeito poderá ou não contemplar este ou aquele direito. Os direitos laborais surgem da existência de uma relação trabalhista prévia. Se a relação é existente, pouco importará se o migrante é documentado ou indocumentado³³.

Nesse sentido de amplificação das garantias trabalhistas aos trabalhadores imigrantes indocumentados, faz-se importante um breve estudo sobre a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em maio de 2002, o México solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos que proferisse um Parecer Consultivo tratando da temática do exercício de certos direitos trabalhistas pelos migrantes indocumentados. Em suma, o México questionou “a obrigação dos Estados americanos de garantir os princípios de igualdade jurídica, não discriminação e proteção igualitária e efetiva da lei consagrados em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos” diante do seu ordenamento jurídico pátrio. O núcleo da consulta consistiu no questionamento de se esses princípios seriam aplicáveis aos imigrantes indocumentados³⁴.

Quanto à aplicação do princípio da igualdade e não discriminação aos migrantes, o caráter de jus cogens³⁵ do parecer

³² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Menos nacionalismo e mais direitos humanos**: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra/article/view/12959>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³³ TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. Direitos Fundamentais do trabalho no contexto do projeto da nova lei de migração brasileira. **Revista PerCursos**. V. 16, n. 32, p. 85-102, set./dez. 2015. p. 97

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC 18/03**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016.

³⁵ Para João Grandino Rodas, o jus cogens exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Uma norma de "jus cogens" pode ser modificada por outra de mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações

evidencia que são amplamente aplicáveis aos migrantes indocumentados os direitos trabalhistas questionados. Pondera-se, também que, geralmente, a situação em que se encontram os migrantes é de vulnerabilidade em relação à proteção dos direitos humanos. A Opinião Consultiva indica que a desigualdade entre migrantes e nacionais é proveniente não só da lei, mas também das situações de fato, configurando desigualdades estruturais. Além disso, chama atenção para os “preconceitos culturais sobre os migrantes”, que reforçam o contexto de vulnerabilidade destes indivíduos³⁶.

O tópico 133 da Opinião Consultiva resume muito bem o posicionamento adotado pela Corte em relação ao reconhecimento dos direitos trabalhistas aos imigrantes indocumentados. Veja-se:

133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna³⁷.

das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas. RODAS, João Grandino. **Jus cogens em direito internacional**. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66736>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC 18/03**. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC 18/03**. Disponível em:

Nesse sentido, não se pode admitir que um Estado aceite que o trabalho de imigrantes indocumentados seja explorado por empresas, sendo-lhes pagos valores abaixo da média do mercado. É obrigação do Estado garantir que os direitos laborais dos imigrantes não sejam violados, não importando em que situação migratória os mesmos se encontrem³⁸.

O fator da vulnerabilidade do trabalhador migrante, principalmente daqueles que não estão regularizados no país de destino, é um meio propício para viabilizar o trabalho escravo contemporâneo. O empregador que se serve dessa mão de obra se beneficia do fato dos imigrantes desconhecerem os seus direitos. Além disso, a irregularidade documental desses indivíduos reforça o medo das autoridades, fundado no receio de serem deportados. Deve ser rechaçado o argumento de que, sendo o migrante proveniente de um contexto sócio econômico anterior desfavorável, não mereceria o reconhecimento dos seus direitos, pois isso seria legitimar a segregação por classes de cidadãos, possibilitando entender uma classe como inferior e, por isso, passível de exploração³⁹.

Há uma nítida contradição entre o que está normatizado nos diplomas internacionais de direitos humanos e a posição tomada pelos países, seja no âmbito governamental, seja no universo das relações interpessoais no tratamento dos migrantes. Nas palavras de David Rubio:

El caso es que con el tema de la migración se pone a prueba la capacidad que los seres humanos tenemos de ser solidarios y si de manera coherente estamos dispuestos a tratar a nuestros semejantes con dignidad. Pero lamentablemente y tal como se están desarrollando los acontecimientos, con la inmigración se nos presenta una de las paradojas del discurso universalista de los Derechos Humanos, asentado en un plano teórico, valorativo y discursivo maravilloso de inclusiones abstractas,

<http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016.

³⁸PEREIRA, Antônio Celso Alves. **A competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em:

<http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_01.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2016.

³⁹COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 92

*pero basado en un contexto práctico, de convivencia y relacional abyecto de exclusiones concretas cimentadas en sociabilidades desiguales y discriminaciones raciales, etno-culturales, sexuales, de género, clasistas y etarias. Cada día comprobamos cómo Occidente y sus ideales de dignidad humana se mueven enfermiçamente en una bipolaridad no solo psicológica y epistemológica, sino también cultural y práctica*⁴⁰.

A temática das migrações, segundo Rubio, é acertada para que se analise a hipocrisia que circunda a forma dos países ocidentais compreenderem os direitos humanos. Se por um lado é defendido o discurso de universalidade dos direitos humanos, pautando-se nas garantias para todos os cidadãos, de outro lado, são legitimadas ações que ignoram a existência de direitos a uma determinada classe de pessoas vulneráveis que não atendem aos interesses dos Estados, invocando razões de segurança nacional⁴¹.

Em relação à possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício aos imigrantes indocumentados, vislumbra-se uma divergência doutrinária e jurisprudencial brasileira.

Inicialmente, cumpre notar que a questão gira em torno da incompatibilidade entre a Teoria Civilista de Nulidade de Contratos e a Teoria Trabalhista das Nulidades. É pacificado que a situação de irregularidade do imigrante faz com que seja nulo o contrato de trabalho celebrado no Brasil. O questionamento está nos efeitos dessa nulidade, se seriam *ex tunc*, ou *ex nunc*. Se *ex tunc*, baseado no argumento de que desde o início o contrato está eivado de nulidade, denega-se a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício aos imigrantes indocumentados. Se *ex nunc*, reconhecer-se-ia todos os efeitos do

⁴⁰ RUBIO, David Sánchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara com la adversidad y lós Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 128-129

⁴¹ RUBIO, David Sánchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara com la adversidad y lós Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 129

contrato até o momento da decretação da nulidade, o que acarretaria numa maior proteção ao trabalhador⁴².

O cerne da incompatibilidade entre a teoria de nulidades civil e o direito material do trabalho está no fato de que, no direito civil, o ato tido como absolutamente nulo não produzirá efeitos desde sua origem, o que faz com que se tenha que desconsiderar todos os efeitos jurídicos que já se manifestaram no plano fático até o momento da decretação da nulidade (efeito *ex tunc*). Nas palavras de Maurício Godinho, no direito do trabalho vigora “o critério da irretroação da nulidade decretada, a regra do efeito *ex nunc* da decretação judicial da nulidade percebida.” Ou seja, a nulidade só passa a surtir efeitos a partir da sua decretação, havendo um respeito à “situação fático-jurídica já vivenciada”⁴³.

Alice Monteiro de Barros descarta a hipótese de reconhecimento de vínculo, pelo argumento de se tratar de contrato proibido e, portanto, eivado de nulidade. Não haveria que se falar em relação de trabalho nem tampouco o trabalhador imigrante poderia ser contemplado pelas leis trabalhistas brasileiras estando irregular no país. Nos casos de contrato proibido, só seria possível o pagamento de compensação em dinheiro, sem natureza salarial e com objetivo de evitar enriquecimento ilícito por parte do empregador⁴⁴.

Maurício Godinho, por outro lado, vislumbra uma noção diferenciada dessa questão. Inicialmente, explica que existem duas formas de aplicação da teoria das nulidades trabalhistas: elas podem ser aplicadas de forma plena, ou seja, afastando por completo a teoria civil ou de forma restrita, em que haverá uma prevalência do modelo civilista⁴⁵.

O autor considera a situação do imigrante indocumentado que tenha prestado trabalho no Brasil como uma hipótese de aplicação da teoria de nulidades trabalhistas de forma plena. Muito embora reconheça que a autorização administrativa para o trabalho é um dos requisitos para que se formalize a relação de emprego, argumenta que a

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 560

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 560

⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 414-417

⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 562

irregularidade documental não é fator impeditivo ao reconhecimento das repercussões justrabalhistas em razão da Teoria das Nulidades do Direito do Trabalho⁴⁶.

Acompanha-se o entendimento de Mauricio Godinho, na medida em que se reitera a noção de que o trabalho que já foi efetivamente prestado deve ser remunerado, independentemente da condição migratória a qual esteja o imigrante. A ideia trazida por Alice Monteiro de Barros leva muito em consideração a teoria civilista (efeitos *ex tunc*), o que não se concilia com a regra geral do Direito do Trabalho (efeitos *ex nunc*) em casos de decretação de nulidade.

Entende-se também que a compreensão dos direitos humanos deve ultrapassar o plano teórico, aprofundando-se no plano normativo interno a necessidade de proteção, não tão somente em respeito às normas internacionais, mas assimilando que só será possível preservar a dignidade humana dos indivíduos se forem viabilizadas garantias que os permitam concretizar essa realidade, caso contrário serão agravadas as disparidades entre os indivíduos. No âmbito trabalhista a questão se complica ainda mais, porque como a relação laboral já abrange em seus elementos a subordinação, sua essência já se baseia na desigualdade entre as partes.

Percebe-se que ausência legislativa sobre o tema o direcionou ao campo da insegurança jurídica, na medida em que não existem critérios firmes para que os juízes possam se guiar em suas decisões pela possibilidade ou não de reconhecimento de vínculo empregatício dos imigrantes indocumentados no Brasil. Com relação especificamente aos imigrantes submetidos à condição análoga à de escravo esse panorama se agrava. Segundo Nicoli, muito embora não exista uma relação ontológica entre a escravidão contemporânea e a questão das migrações, esse é um dado real e que se fortalece na questão da vulnerabilidade social desse grupo⁴⁷.

Existem alguns desafios contemporâneos para efetivação dos direitos dos migrantes. Esses obstáculos são estudados por Flávia Piovesan, destacando-se entre eles: compreensão das causas da migração, o combate à xenofobia e outras práticas de intolerância e,

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 563

⁴⁷ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011, p. 153

principalmente, o avanço na cooperação internacional visando à proteção dos direitos dos migrantes. Quanto a esse, cumpre notar que “as políticas de migração têm causas e consequências transnacionais a demandar a cooperação internacional no processo de implementação dos migrantes”.⁴⁸

Outro dificultador consiste na retórica sobre as migrações, termo estudado por Lussi. Em suma, essa retórica é a crença errônea e prejudicial de que o Brasil é um país acolhedor para todos, discurso que é desfeito diante da legislação de ingresso ao território bem como em relação à falta de interesse estatal na regularização documental desses indivíduos. Acreditar nessa retórica é fechar os olhos para a realidade social de xenofobia, o que “silencia reivindicações os entraves enfrentados e as violações sofridas pelos sujeitos em mobilidade através da negação da escuta de seus relatos ou da impossibilidade de acesso aos canais que podem divulgar e promover seus direitos”⁴⁹.

Por fim, é tratado como um entrave para o desenvolvimento de políticas públicas a chamada “migratização” dos problemas sociais e jurídicos. Para Lussi, isso consiste basicamente em atribuir a culpa de um problema social aos movimentos migratórios. O exemplo dado pela autora em tudo se compatibiliza com o tema do presente trabalho. Veja-se:

O trabalho escravo é violação de dignidade humana, independente do fato da pessoa ser migrante e ou não e é violação de leis trabalhistas, independente da condição migratória dos sujeitos. Relacionar problemas do país ou mesmo do município aos migrantes, quando os migrantes não são a causa, e sim as vítimas mais prejudicadas, é migratizar os problemas, a ineficiência da máquina

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Migrantes sob a perspectiva dos Direitos Humanos. **Revista da Universidade de São Paulo**. mar-set/2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/diversitas/article/view/58380/61381>>. Acesso: 05 dez. 2016. p. 141

⁴⁹ LUSSI, Carmem. Formulação legal e políticas públicas no trato das migrações nacionais e internacionais. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 60

pública e/ou negligenciar questões sérias de incoerências prévias à migração, que a migração pode até revelar, mas não é a causa. Quando há migratização de questões não resolvidas a priori, o risco é intensificar processos de criminalização das migrações e agravar o problema, pois a migratização não facilita a resolução dos problemas, apesar das aparências. É a teoria do bode expiatório, em que se quer que um ser externo ao tema, morrendo, elimine o problema. Ele pode até morrer, mas o problema permanece e se reconfigura, normalmente, em modo mais complexo⁵⁰.

Essa questão é fundamental para entender os contornos do tratamento da migração no Brasil. A cultura brasileira de culpar o externo por problemas que lhe pertencem não fica apartada da análise dos fluxos migratórios. Problemas sociais já existentes e não tratados por uma série de vontades políticas e interesses empresariais não podem ser atribuídos tão somente aos migrantes. Brasileiros são escravizados diariamente no país e essa realidade não está distante dos grandes centros urbanos.

Por ser um tema atual, a questão migratória precisa ser dialogada. Esse diálogo deve envolver sociedade civil, governo, organizações não governamentais e entidades administrativas e jurídicas. Todos devem estar alinhados num único objetivo: a concretização dos direitos humanos para essas pessoas.

CONCLUSÃO

Ratifica-se o posicionamento de que o reconhecimento do vínculo empregatício aos trabalhadores imigrantes indocumentados consiste em uma das medidas necessárias para garantir o trabalho digno aos imigrantes. Isto porque, a situação de vulnerabilidade desse grupo social atrela-se muito à questão da impunidade dos exploradores, bem

⁵⁰ LUSSEI, Carmem. Formulação legal e políticas públicas no trato das migrações nacionais e internacionais. *In*: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. p. 63

como à inexistência de um posicionamento firme que consolide os direitos trabalhistas a estas pessoas.

A partir do momento em que o reconhecimento do vínculo trabalhista se torna matéria pacificada, além de, por si só, garantir uma maior proteção ao trabalhador migrante, também dificultará os caminhos tortuosos dos exploradores de mão de obra, visto que estes estarão avisados que, se flagrados no cometimento do crime de redução à condição análoga à de escravo, deverão necessariamente realizar o pagamento das parcelas trabalhistas àqueles explorados. Não poderão mais pautar-se no argumento vazio de defesa, relativo à impossibilidade jurídica do reconhecimento do vínculo em razão do status migratório, justificativa essa que deixa evidente o interesse por parte dos exploradores em se manter uma parcela social vulnerável, privada de direitos e que, portanto, é mais facilmente explorada.

Ademais, chegou-se à conclusão da extrema necessidade de criação de uma Lei de Migrações que se compatibilize com a concretização dos direitos humanos. Muito embora o projeto proponha alguns avanços, chegou-se a conclusão que o atual projeto que pretende instituir a Nova Lei de Migrações ainda caminha muito timidamente no sentido de alcance à concretização dos direitos humanos por esse grupo social. Isso porque permanece a lógica antiga, privando os migrantes indocumentados de muitos direitos fundamentais, dentre eles a garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação de normas de proteção ao trabalhador.

Conclui-se que o PL 2516/15, em verdade, apresenta um viés segregacionista, extremamente prejudicial aos imigrantes submetidos ao trabalho análogo ao de escravo. Pela lógica empregada no diploma, o contrato realizado entre empregador e empregado migrante indocumentado seria nulo, a ponto de lhe serem furtadas as garantias trabalhistas em razão da irregularidade documental.

Em consonância com a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, defende-se que os direitos trabalhistas surgem necessariamente da condição de trabalhador, e não perpassam a questão de regularidade documental ou não do migrante. Diante disso, conclui-se que, se o migrante indocumentado labora no Brasil, necessariamente adquire o direito de pleitear reconhecimento de vínculo empregatício, se presentes os requisitos para ser empregado (pessoalidade, pessoa física, subordinação, habitualidade e onerosidade).

Nesse sentido, conclui-se pela aplicação da Teoria das Nulidades Trabalhistas de forma plena aos casos dos trabalhadores imigrantes indocumentados encontrados em situação análoga à de escravo, o que significa dizer, que os efeitos da nulidade só se propaguem da sua declaração para frente (ex nunc), não alcançando o labor desempenhado até então, sobre o qual o trabalhador deverá receber todas as parcelas trabalhistas devidas.

REFERÊNCIAS

- BARALDI, Camila Bibiana Freitas. **Migrações internacionais, direitos humanos e cidadania sul-americana: o prisma do Brasil e da integração sul-americana**. 2014. Tese. Orientadora: Profa. Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura. (Doutorado em Relações Internacionais) - Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BBC Brasil. **Estrangeiros resgatados de escravidão no Brasil são “ponta de iceberg”**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/05/130508_trabescravo_estrangeiros_fl>. Acesso em: 04 dez. 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CF1988>. Acesso em: 15 dez. 2016
- BRASIL. **Lei nº 6.815**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm> Acesso em: 6 dez. 2016.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 2516/15**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>>. Acesso em: 27 dez. 2016.
- COLOMBO, Marcelo. A vulnerabilidade do migrante trabalhador como instrumento para o tráfico de pessoas e o trabalho escravo. *In*: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva OC 18/03**. Disponível em:

- <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DUARTE, Luan Ernesto. Lei da ditadura e falta de estrutura dificultam a vida de imigrantes. **Caros Amigos**. Nov./2015. Disponível em: <<http://www.carosamigos.com.br/index.php/cotidiano/5639-lei-da-ditadura-e-falta-de-estrutura-dificultam-vida-de-imigrantes>>. Acesso em: 19 dez. 2016.
- FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos Humanos dos Migrantes: Ordem Jurídica Internacional e Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2012.
- FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Dicionário de Direitos Humanos: Igualdade**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Igualdade>> . Acesso em: 21 dez. 2016.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlindo. Aspectos penais do trabalho escravo. **Revista de Informação Legislativa**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496971/000991306.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 jan. 2017
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Menos nacionalismo e mais direitos humanos: o papel do MPT diante do trabalho do estrangeiro em situação irregular**. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra/article/view/12959>>. Acesso em: 16 dez. 2016.
- LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. O direito a não discriminação dos estrangeiros. **Boletim Científico ESMPU**. a. 11, n. 37, p.37-61. Brasília, 2012.
- LUSI, Carmem. Formulação legal e políticas públicas no trato das migrações nacionais e internacionais. *In*: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**.

- Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.
- MARÍNEZ PUJALTE, Antonio Luis. La universalidad de los derechos humanos y la noción constitucional de persona. *In: Justicia, Solidaridad, Paz*. Valencia: Quiles, 1995.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador migrante no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011.
- NOGUEIRA, Christiane V.; KALIL, Renan. **Trabalho escravo: risco de retrocesso**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2015/01/trabalho-escravo-risco-de-retrocesso/>>. Acesso em: 01 ago. 2016.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre Migração**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <cynthiamaral@yahoo.com.br>. Em 04 de maio de 2016, p.47.
- PEREIRA, Antônio Celso Alves. **A competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_01.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. Migrantes sob a perspectiva dos Direitos Humanos. **Revista da Universidade de São Paulo**. mar-set/2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/diversitas/article/view/58380/61381>>. Acesso: 05 dez. 2016.
- PORTAL CONSULAR. **Vistos para estrangeiros**. Disponível em: <<http://www.portalconsular.mre.gov.br/estrangeiros/vistos-para-estrangeiros>>. Acesso em: 15 dez. 2016.
- REDE, Marcelo. **Escravidão e Antropologia**. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_dossie/artg6-1.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.
- REZEK, José Francisco; **Direito Internacional Público: curso elementar**. 14 ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Saraiva,

2013.

- RODAS, João Grandino. **Jus cogens em direito internacional**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66736>>. Acesso em: 16 out. 2016.
- RUBIO, David Sánchez. La inmigración y la trata de personas cara a cara com la adversidad y los Derechos Humanos: xenofobia, discriminación, explotación sexual, trabajo esclavo y precarización laboral. *In*: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. **Migrações e Trabalho**. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.
- SALADINI, Ana Paula Sefrin. Direitos Humanos, Cidadania e o Trabalhador Imigrante Ilegal no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**. 2011. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1440>>. Acesso 19 dez. 2016.
- TIMÓTEO, Gabrielle Louise Soares. Direitos Fundamentais do trabalho no contexto do projeto da nova lei de migração brasileira. **Revista PerCursos**. V. 16, n. 32, p. 85-102, set./dez. 2015.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto *In*: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2016.

A proteção jurídica contra a discriminação a trabalhadores com enfermidade crônica no direito brasileiro

GUILHERME LEVIEN GRILLO¹

Universidade Lisboa (Portugal)

INTRODUÇÃO

Segundo dados fornecidos pela Previdência Social e divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho², de 2004 a 2013, houve um incremento da ordem de 1.964% para a concessão de auxílios previdenciários às vítimas de afastamento por transtornos psíquicos vinculados ao trabalho. A preocupação com o crescente “exército de adoentados” se justifica se considerados os dados alarmantes da OMS. Na Europa, tem crescido o número de pessoas desempregadas em idade ativa, porquanto enfermas, que buscam o amparo da seguridade³.

¹ Doutorando em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, professor de Direito do Trabalho e Legislação Social.

²http://www.tst.jus.br/es/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/20408838

³ La expulsión de estas personas del mercado de trabajo incide directamente en la reducción de la población activa, por lo que la participación de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo, mediante la adaptación de su puesto a sus nuevas capacidades, resultará imprescindible para el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social, más aún cuando se prevé que en 2030 Europa cuente con 20 millones menos de personas en edad de trabajar. (MARTÍNEZ, 2015, p. 40).

La expulsión de estas personas del mercado de trabajo incide directamente en la reducción de la población activa, por lo que la participación de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo, mediante la adaptación de su puesto a sus nuevas capacidades, resultará imprescindible para el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social, más aún cuando se prevé que en 2030 Europa cuente con 20 millones menos de personas en edad de

Situa-se no cerne das discussões relacionadas ao adoecimento laboral a condição pós-moderna de trabalho. Nesse campo, coloca-se a insegurança, o crescente nível de exploração da mão-de-obra por mecanismos de gestão mais atrelados à competição e produtividade, causando o fenômeno do mal-estar do trabalho, ao lado da diminuição da proteção normativa às condições de trabalho, como a flexibilização e a flexissegurança.

Em tal contexto está inserida a prática discriminatória dos sujeitos que não alcançam os patamares mínimos exigidos pelos padrões de competência e produção. Busca-se anular as diferenças, por meio de padrões tayloristas, ao mesmo tempo em que se exige dos trabalhadores competências diversificadas pós-toyotistas.

Nesse compasso, os direitos humanos, culturalmente conquistados, impõem o estatuto da diferença, mesmo diante da ausência de leis regulamentadoras nos âmbitos nacionais, no que se insere a proteção da pessoa com estado de saúde na sua relação de trabalho, independentemente da sustação contratual, pois o que se está a enfrentar é a tutela do trabalhador que sofre a diminuição da sua capacidade laborativa por uma sequela oriunda da doença sofrida e que sofre, no ambiente laboral, constante discriminação.

No Direito pátrio, a recente Súmula n. 443 do TST, do ano de 2012, é o único instrumento específico de proteção contra a discriminação, embora limitada à doença grave que cause estigma ou preconceito, e que confirma o momento de transição de um paradigma essencialmente privatístico para a valorização e dignidade do trabalho. Não menos verdadeira é a verificação de que a proteção da doença permanente no ambiente de trabalho contra práticas discriminatórias é igualmente recente nos países desenvolvidos europeus, como se depreende da Diretiva 78/2000 de 2013 da Comunidade Europeia, no Código de Trabalho Francês, por incorporação de lei protetiva de 2008, e no Código do Trabalho de Portugal, de 2009.

É nesse contexto recente e fértil de dúvidas que a pesquisa se coloca, a fim de contribuir para o desenvolvimento do instituto da proteção antidiscriminatória do trabalhador com

enfermidade prolongada no contrato de trabalho e os deveres do empregador, com base no exame do direito comparado.

1. A CONDIÇÃO LABORAL NA PÓS-MODERNIDADE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

A era informacional tem produzido a *degradação do trabalho no século XXI* (BRAVERMAN, 2012), conforme elucidada Manuel Castells, que coloca a sociedade informacional como causadora da transformação do emprego, na flexibilização do seu processo relacional (CASTELLS, 2011). É a mesma crítica formulada por Luc Boltanski e Ève Chiapello, no sentido da *desconstrução do mundo do trabalho*, por meio de uma flexibilização interna, “baseada na transformação profunda da organização do trabalho e das técnicas utilizadas”, e de uma flexibilização externa, por meio de subcontratações e de jornadas flexíveis (BOLTANSKI, 2009, p. 240). A flexibilização interna situa no último nível da cadeia um consumidor e um investidor virtual, que aloca os seus recursos com intensa velocidade e mobilidade, pautando a atividade empresarial, enquanto que na base da sociedade está o trabalhador, ameaçado pela cadeia de operações que precarizam, que esvaziam o sentido do trabalho⁴.

Convém pontuar que a degradação do trabalho se relaciona intensamente com a degradação ambiental, enquanto respostas de um único fenômeno, qual seja, a crise ecológica decorrente da insuficiência da ética liberal desenvolvimentista, do liberalismo kantiano, inclusive do próprio Estado Social, que tem alocado a saúde, a educação e o trabalho como plataformas das forças de mercado, notadamente nos países periféricos, patrocinadas por “sujeitos poderosíssimos que não se sentem devedores de lealdade ou de responsabilidade para com nenhum país” (SANTOS, 2013, p. 300), isto é, grandes corporações que desafiam o poder do Estado enquanto instituição reguladora.

Exige-se, nessa quadra, situar a degradação do trabalho no seio da crise pós-moderna (HARVEY, 2013), que dialoga com o fracasso da ética liberal, pautada nas concepções individualistas de

⁴ No Brasil, a crítica é formulada por: ANTUNES, 2009; DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia, 2007.

autonomia e autopossessão, para uma outra que situe o indivíduo em uma cadeia relacional, no interior da qual emanam linguagem e cultura, donde emerge uma dignidade intersubjetiva, comunicacional (HABERMAS, 1997), e, diga-se de passagem, nesse aspecto, o sindicato se insere muito adequadamente no procedimento discursivo habermasiano de legitimação do discurso jurídico, no que ele denomina processo de institucionalização externa de participação no discurso jurídico. Nesse sentido, assinala Norberto Bobbio, para quem a paz universal e a justiça social somente serão alcançadas pela democracia e pelos direitos do homem (BOBBIO, 2004), historicamente construídos e conquistados em dado espaço.

Na mesma linha, acentua Aldacy Rachid Coutinho que “o modelo capitalista traduz uma contradição insuperável: a dignidade do ser explorado ou o conflito capital/trabalho” (COUTINHO, 2014. p. 94-95), ou seja, sem libertação da lógica privada, da exploração do sujeito enquanto valor de troca, não há valorização ou dignidade do sujeito. Prossegue a autora, que “a dignidade, na sua expressão trabalho, se situa nesse âmbito de demanda de reconhecimento pelo Outro da condição de ser sujeito de direitos”.

Com efeito, as revoluções socialistas do século XIX operaram a transição da igualdade formal à igualdade substancial, como dimensão necessária da dignidade humana (MORAES, 2003, p. 116 e ss.), ultrapassando-se a concepção ficcionista de igualdade de todos perante a lei, já que mantidos os privilégios sociais pelo Direito. A transição, portanto, se dá ao redor de um novo consenso acerca do papel do Estado, agora chamado a estabelecer condições mínimas de igualdade material, para a consecução do bem comum, por meio de uma legislação intervencionista, conhecida como segunda fase dos direitos fundamentais ou, simplesmente, era dos direitos sociais (LIMA, 2006), donde se destaca a dimensão substancial do valor igualdade.

É com fundamento na realização de um direito humano igualdade substancial e à não discriminação, que se coloca a proteção da diferença do sujeito que depende do trabalho em face do poder gerencialista, calcado na ética do resultado e que não

admite, pois simplesmente não há lugar, para a diferença, dentre as quais as deficiências ou enfermidades físicas ou psíquicas prolongadas, as quais, não raro, são produzidas pela própria gestão (GAULEJAC, 2007).

2. DIREITO FUNDAMENTAL A NÃO DISCRIMINAÇÃO

A não discriminação decorre dessa dimensão substancial do princípio da igualdade, que se coloca como valor moderno, central na discussão de Estado Democrático e na distribuição de bens, mas que sempre remonta à concepção aristotélica de justiça distributiva (RAWLS, 1997). Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito impõe a preservação dos interesses minoritários de grupos vulneráveis em face do poder dominante, a partir da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e de um modelo hermenêutico que possibilite uma adequada solução dos conflitos deles decorrentes.

Da mesma forma, impõe-se realizar o valor social do trabalho, que decorre da igualdade substancial e promove a dignidade humana, e se encontra plasmado, enquanto princípio político conformador da República (CANOTILHO, 2007, p. 211), de tipologia aberta A respeito da dificuldade em delinear o conteúdo do princípio em análise, ver BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Os valores sociais do trabalho. (CANOTILHO, 2014, p. 130), no art. 1º, IV⁵, ao lado da livre iniciativa, e, no art. 170, enquanto processo de realização da justiça social⁶. É de fundamental importância a esse anteprojeto a conceituação efetuada por Leonardo Raupp Bocorny, no sentido de que valorizar o trabalho humano “significa defender condições humanas de trabalho, além de se preconizar por justa remuneração e defender o trabalhador de abusos que o capital

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).

possa desarrazoadamente proporcionar” (BOCORNÝ, 2003, p. 69), no que se inclui a discriminação de diversas matizes.

Igualdade, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho confluem para um novo paradigma de sustentabilidade do trabalho, vinculados a um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, que impõe a preservação e prevenção da saúde física e psíquica do trabalhador, conforme sinaliza Júlio Rocha: “surge um sistema normativo do meio ambiente do trabalho como uma racionalidade baseada na prevenção ao dano e na precaução” (ROCHA, 2013, p. 227).

Na teoria dos direitos fundamentais, pode-se situar o direito fundamental à não discriminação por estado de saúde nas relações de trabalho, enquanto norma atribuída pelo direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, além do próprio conteúdo fundamental da não discriminação, extraído da isonomia, a partir da lição de Robert Alexy, para quem não são normas de direitos fundamentais somente aquelas expressamente enunciadas pelo texto constitucional, mas também aquelas decorrentes de uma relação de refinamento do texto, desde que a partir de uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 75-76).

A fundamentalidade material da norma é facilmente extraída, já que subsiste uma carência apta a ser protegida pelo direito, sem a qual atinge o núcleo essencial da autonomia humana, causando-lhe grave sofrimento (ALEXY, 1999), caso da proteção de pessoas que apresentam algum tipo de doença de longo prazo contra práticas no ambiente do trabalho que a discriminem injustificadamente por tal elemento diferenciador, pois simplesmente anulam a subjetividade, o mérito, o valor e a capacidade, o que viola a igualdade substancial. Dito de outro modo, o adestramento fabril do corpo dócil de Michel Foucault (FOUCAULT, 2003) é ressignificado na reordenação da subjetividade (HELOANI, 2010) pelo paradigma gerencialista, pautados pelo *culto da performance* (BENDASSOLLI, 2007, p. 249), excluem o sujeito diferente, que, no caso, possui doença que limita a sua produção nos moldes de alta performance, da multicapacidade e da competência.

Nesse contexto pós-moderno de negação do ócio, do lazer e da desconexão do trabalho, atrelado a um aumento da flexibilização das relações trabalhistas, se situa o nível elevado de adoecimentos prolongados, vinculadas ou não ao trabalho, mas cujas consequências com ele se relacionam, notadamente pela eventual redução da capacidade laboral. Trata-se de uma “alteração patológica não reversível que requer uma especial reabilitação e um longo período de supervisão, observação e cura” (TIRABOSCHI, 2015)⁷, tais como doenças cardiovasculares e respiratórias, desordens músculo-esqueléticas, HIV, esclerose múltipla, numerosas tipologias de tumor, diabetes, obesidade, epilepsia, depressão e outros distúrbios mentais.

Além da problemática relativa ao tratamento e recuperação dessas doenças, geralmente graves, para o paciente e sua família, outro problema se acentua aos que delas são acometidos, qual seja, a discriminação e instabilidade no ambiente do trabalho, pois no mais das vezes as pessoas precisam de afastamentos, têm reduzida a sua capacidade laboral, sem falar na necessidade de adequação da rotina de trabalho ao seu estado de saúde.

Convém situar a discriminação no ambiente de trabalho por estado de saúde físico ou psíquico, sobretudo, como prática que viola a concepção de sustentabilidade do trabalho, como imperativo de um meio ambiente sadio e equilibrado, que situa o paradigma da prevenção como mecanismo de proteção a qualquer prática que contribua para a degradação desse ambiente, que é difuso.

⁷ Tradução livre: Senza entrare in complesse definizioni medico-scientifiche², con l'espressione “malattie croniche” intendiamo qui riferirci ad alterazioni patologiche non reversibili che richiedono una speciale riabilitazione e un lungo periodo di supervisione, osservazione, cura. In via meramente esemplificativa: malattie cardiovascolari e respiratorie, disordini muscolo-scheletrici, HIV/AIDS, sclerosi multipla, numerose tipologie di tumori, diabete, obesità, epilessia, depressione e altri disturbi mentali.

3. DISCRIMINAÇÃO POR ESTADO DE SAÚDE NO ORDENAMENTO PÁTRIO E ESTRANGEIRO

A legislação brasileira, especialmente da Lei 9.029/95, não especifica a discriminação por estado de saúde no rol do art. 1º da mencionada lei, enquanto que no direito europeu, o único país a mencionar expressamente em instrumento legal a proteção contra a discriminação por estado de saúde é a França, no Article L1132-1 do *Code du Travail* por meio do qual disciplina, dentre as diversas espécies e formas, a discriminação *en raison de son état de santé ou de son handicap*⁸.

A doença prolongada não se confunde com a deficiência, e já é há tempos catalogada como fator de discriminação nas relações de trabalho, contando com proteção expressa na Constituição Federal (art. 7º, XXXI), na Convenção n. 159 da OIT, bem como na Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência de 2006. Desse modo, diante do desenvolvimento jurídico mais recente, a discriminação por estado de saúde costuma ser associada à proteção das pessoas com deficiência, como o fez a legislação francesa (acima), sem falar da incessante busca à analogia *legis*, com a finalidade de buscar a realização do princípio substancial da igualdade e da não discriminação. É didático, nesse aspecto, o caso inglês, cuja lei antidiscriminatória, a *Equal Act* de 2010, não elenca o estado de saúde no rol dos critérios discriminatórios do Capítulo I, item 4, quais sejam: idade, deficiência, mudança de sexo, casamento e união civil, gravidez e maternidade, raça, religião ou crença”⁹. Não menciona, portanto, de forma expressa a discriminação por estado

⁸ Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de (...) ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

⁹ Age; “disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; pregnancy and maternity; race; religion or belief; sex; sexual orientation.

A proteção jurídica contra a discriminação a trabalhadores com

de saúde, conquanto seja equipara doutrinariamente “*by association*” com a *disability* (pessoa deficiente) (EFFIOM, 2015)¹⁰.

Diante da omissão legal e da necessidade de se buscar equivalência à Diretiva 2000/78 do Conselho da União Europeia, que determina a adaptação razoável da empresa no caso específico do trabalhador com deficiência, os conflitos enfrentados pela jurisprudência com base na violação ao princípio da isonomia têm invocado por analogia o art. 5º da Diretiva, que assim dispõe:

Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, excepto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes.

Houve resistência do Tribunal da União Europeia em admitir a equiparação do trabalhador com doença prolongada àquele com deficiência, para fins de adaptação razoável¹¹, o que se

¹⁰ EFFIOM, Sylvanus B. Disability Discrimination and Substantive Equality: What Lessons Could Be Learnen from the British Public Sector Equality Duty? E-Journal of International and Comparative LABOUR STUDIES. Vol. 4, No 2, May-June 2015. ADAPT University Press, 2015.

¹¹ No ano de 2006, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou importante precedente a respeito do tratamento por analogia da discriminação por estado de saúde ao art. 5º da Diretiva 2000/78 que cuida da deficiência, o caso *Chacón Navas vs. Eurest Colect*. No precedente, que cuida de ação anulatória da dispensa com fundamento em dispensa discriminatória por motivo de estado de saúde, no qual a empregadora, no ato de dispensa, reconheceu a irregularidade e oferecer de antemão a indenização correspondente, o Tribunal assentou que: “(...) ao utilizar o conceito de

deu apenas em 11 de abril de 2013, no caso *HK Danmark* contra *Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11)*¹². Em Portugal, o art. 85 equipara as doenças crônicas à deficiência, nos seguintes termos:

Artigo 85.º Princípios gerais quanto ao emprego de trabalhador com deficiência ou doença crónica
1 - O trabalhador com deficiência ou doença crónica é titular dos mesmos direitos e está adstrito aos mesmos deveres dos demais trabalhadores no acesso ao emprego, à formação, promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, sem prejuízo das especificidades inerentes à sua situação.

Em visão panorâmica, esclarece Silvia Martinez (MARTINEZ, 2015, p. 41) o tratamento normativo conferido por alguns países da comunidade europeia a respeito da proteção contra a discriminação por estado de saúde, assinalando que, à exceção da França, Espanha, Itália, Reino Unido e Alemanha possuem legislações generalistas a respeito da discriminação no ambiente de trabalho, as quais não contemplam a discriminação por estado de saúde.

3.1. O DEVER DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

Questão específica à presente pesquisa diz respeito à seara da responsabilidade pela adaptação razoável da empresa¹³ em caso de adoecimento prolongado dos seus empregados. Conforme

«deficiência» no artigo 1.º da referida directiva, o legislador escolheu deliberadamente um termo que difere do de «doença». A equiparação pura e simples dos dois conceitos está, pois, excluída”.

¹² (...) o conceito de «deficiência» visado pela Directiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que inclui um estado patológico causado por uma doença clinicamente diagnosticada como curável ou incurável quando esta doença gera uma limitação, que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e esta limitação é duradoura. ECLI:EU:C:2013:222

¹³ Em verdade, o princípio da adaptação razoável surge no âmbito da Equal employment Opportunity Act de 1972, dos Estados Unidos da América, circunscrito ao plano da liberdade religiosa, determinando ao empregador a adaptação de horários de trabalho e jornada.

A proteção jurídica contra a discriminação a trabalhadores com

assinalado, o vigésimo considerando da Diretiva 2000/78 da CUE dispõe o seguinte:

É necessário prever medidas apropriadas, ou seja, medidas eficazes e práticas destinadas a adaptar o local de trabalho em função da deficiência, por exemplo, adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento.

No Brasil, não há tal previsão normativa, máxime o dever de readaptação funcional, disciplinado no art. 461, § 4º da CLT, que não se confunde com a adaptação razoável por motivo de saúde. Nesse contexto, é bom ressaltar que o modelo pátrio se pauta apenas na suspensão do contrato quando o empregado não está em condições de trabalho, isto é, na fase aguda da doença, e por uma dubiedade que se propõe estanque: trabalhador sadio e trabalhador doente.

A doutrina portuguesa acrescenta as seguintes medidas: a. facilitação do acesso ao trabalho; b. adaptação das condições de trabalho, como horário de trabalho, trabalho noturno e suplementar, observada a proporcionalidade; c. igualdade de direitos aos demais trabalhadores (RAMALHO, 2012, p. 352). De logo, é importante frisar que a adaptação é razoável, pois não deve importar carga excessiva ao empregador. A própria diretiva comunitária traz em seu bojo que o tamanho da empresa, os recursos financeiros, o volume dos negócios e a disponibilidade de fundos públicos constituem elementos que devem ser ponderados.

A jurisprudência espanhola tem observado que ante a impossibilidade de adaptação razoável, não ficará o empregador absolutamente obrigado a criar um posto específico¹⁴, quando então poderá transferir o empregado ou mesmo modificar o contrato de trabalho. Além disso, não será razoável alocar o empregado em função que ponha em risco a sua saúde e a dos

¹⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Navarra de 25 marzo 2009 (n. recurso 442/2008)

demaís, tal como um empregado com problemas motores em uma atividade de movimentação de cargas perigosas.

Em linhas conclusivas, portanto, o dever de adaptação razoável se aplica não apenas ao poder público, no sentido de promoção de políticas públicas, como aos empregadores e tomadores de serviços em geral, nas relações privadas de trabalho, sujeitando-o à prática discriminatória em caso de inobservância.

3.2. PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Para além do dever de adaptação razoável, discute-se na doutrina europeia a garantia do empregado contra dispensas de cunho discriminatório por motivo de enfermidade crônica, no interior do sistema de proteção ao trabalho da Convenção 158 da OIT, no qual a dispensa deve ser motivada por questões econômicas, técnicas ou disciplinares.

No Brasil, como já assinalado, a Lei 9.029/95 contempla hipóteses de proteção da relação de emprego contra atos discriminatórios, em especial, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros. Veja-se que a reabilitação profissional é hipótese contemplada expressamente pelo comando normativo, já que o portador de enfermidade deverá ser requalificado pela empresa e passará a desempenhar função diversa na empresa, não podendo nessa condição sofrer segregação.

Na jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 443, a qual protege o empregado em face da dispensa de cunho discriminatório¹⁵, conforme esclarece o Ministro Hugo Carlos Scheuermann (SCHEUERMANN, 2013, p. 225):

¹⁵ DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

É certo que a Constituição confere ao empregador, como regra geral, o poder de despedir sem justa causa ou imotivadamente (art. 7º, I), porque ainda não houve a edição de lei complementar para que a relação de emprego seja protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Nada obstante, o poder de despedir sem justificar uma causa não autoriza todas as formas de rupturas. O empregador detém a prerrogativa de não justificar, mas não pode utilizar desse poder para praticar ato discriminatório, pois, se assim for, o ato jurídico é nulo de pleno direito.

É de fundamental importância o precedente, pois é sintomático de uma cultura arraigada no patrimonialismo irresponsável, o precedente TST - RR 1269-50.2011.5.09.0863 (2ª T. - Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva - DJe 27.11.2015), no qual uma trabalhadora portadora de carcinoma no colo do útero foi dispensada no dia exato do seu retorno ao trabalho, após a alta previdenciária. Registrou a 2ª Turma do C. TST:

E mesmo que a trabalhadora se resignasse e não tivesse se socorrido do Poder Judiciário, a simples notícia dos eventos ocorridos causaria estranheza ao homem médio, ao cidadão comum, mesmo o leigo nas ciências jurídicas. É que a conduta da empresa, ao rescindir o contrato de trabalho da empregada, justamente no dia de seu retorno ao trabalho, após padecer de moléstia grave, que importa, inclusive, em risco de vida, depõe contra noções básicas de solidariedade e empatia. Empatia, que, diga-se de passagem, nada mais é que a capacidade de se identificar com a outra pessoa, de sentir o que ela sente, de enxergar nela aquilo que nos distingue de outras espécies, aquilo que nos torna os que somos: HUMANOS.

Com efeito, a Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho, consigna uma presunção de dispensa discriminatória, a qual, para ser verificada, pressupõe o conhecimento do

empregador da doença que acomete o empregado, além do que sempre permitirá a prova no sentido contrário, ou seja, de que a dispensa ocorreu por motivo não discriminatório. Vê-se que não se está a criar uma estabilidade, pois mantida está a possibilidade de denúncia vazia do contrato de trabalho, o que não se confunde com um abuso do direito por ato discriminatório.

A jurisprudência, a princípio, tem entendido que a Súmula abrange não apenas o HIV, como toda doença grave que cause estigma ou preconceito, tais como neoplasia maligna¹⁶, lúpus¹⁷, transtornos psíquicos¹⁸, epilepsia¹⁹, dependência química²⁰, alcoolismo²¹, hepatite²², dentre outras, já que comporta interpretação aberta, como se confere no precedente TST - RR 129-19.2013.5.09.0666 (4ª T. - Relª Min. Maria de Assis Calsing - DJe 28.11.2014):

Entendo que a epilepsia, por si só, não seria enquadrada como doença grave que suscitasse estigma ou preconceito; todavia, no caso dos autos, consoante se depreende da moldura fática delineada pela Corte *a quo*, é possível concluir que foi a causa determinante da ruptura contratual pela Empresa reclamada, fazendo, assim, ser presumida a dispensa discriminatória do Reclamante.

Anota o Ministro Hugo Carlos Sheuermann que, acertadamente a Súmula não esgota o rol de doenças, de modo que a abertura tipológica é essencial para a proteção

¹⁶ TST - RR 1269-50.2011.5.09.0863 - 2ª T. - Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva - DJe 27.11.2015

¹⁷ TST-RR-4408-09.2010.5.02.0000, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho.

¹⁸ TST - AIRR 0002232-54.2011.5.02.0313 - Rel. Des. Conv. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha - DJe 18.08.2015 - p. 626

¹⁹ TST - RR 129-19.2013.5.09.0666 - 4ª T. - Relª Min. Maria de Assis Calsing - DJe 28.11.2014

²⁰ TST - RR 1749-26.2014.5.03.0140 - 3ª T. - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - DJe 06.11.2015

²¹ TST - RR 1025-28.2011.5.02.0472 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 09.10.2015

²² TST - RR 883-29.2012.5.04.0732 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 19.02.2016

antidiscriminatória, e acrescenta a possibilidade de utilização, por analogia, da Lei nº 7.713/88, que estabelece isenção de imposto de renda, no art. 6º, XIV, aos portadores de AIDS, alienação mental, cardiopatia grave, cegueira, contaminação por radiação, osteíte deformante; doença de Parkinson, esclerose múltipla, espondiloartrose anquilosante, fibrose cística, hanseníase, nefropatia grave, hepatopatia grave, neoplasia maligna [câncer], paralisia irreversível e incapacitante, tuberculose ativa), bem como a Lei nº 8.036/90, do FGTS, que permite o levantamento do saldo do fundo de garantia por tempo de serviço para fazer frente ao estágio terminal de doença grave, como neoplasia maligna (câncer) ou AIDS/SIDA, ou outra doença em estágio terminal, desde que identificada por laudo médico e CID²³ (SCHEUEMANN, 2013, p. 230).

É necessário, no particular, adequar a redação, de forma a abarcar a proteção contra a discriminação, independentemente de ser doença estigmatizada ou que cause preconceito, conforme alude Estêvão Mallet²⁴: “a espécie de doença – insista-se nesse ponto – não importa. A discriminação não decorre da maior ou menor gravidade da moléstia, mas do fato de ser ela a causa para a dispensa do empregado” (MALLET, 2013, p. 66). Em seguida, chama a atenção o autor, que até mesmo a depressão pode ser tida como causa de discriminação, como é, diga-se de passagem, comum no seio laboral.

CONCLUSÃO

Objetivou-se demonstrar que os novos paradigmas da sustentabilidade do trabalho, vinculados a um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, que impõe a preservação e prevenção da saúde física e psíquica do trabalhador, protegem o trabalhador contra modelos de gestão atrelados à condição pós-moderna do trabalho, ao trabalho produtivo e competitivo.

²³ SCHEUEMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a Súmula nº. 443 do TST. Revista do TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun 2013. p. 230.

²⁴ MALLET, Estêvão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 66.

O direito humano ao ambiente de trabalho sadio, portanto, conduz, em última instância, à proteção à dignidade do trabalhador, e a uma nova concepção de responsabilidade social das empresas. É preciso situar, no Direito brasileiro, a proteção jurídica infraconstitucional e jurisprudencial contra a discriminação no ambiente de trabalho no paradigma preventivo e, não, atrelado aos padrões privatísticos, eminentemente ressarcitórios, ou seja, não pautados pela concepção da prevenção. Identificou-se a existência de tal categoria discriminatória, a incidência normativa de cláusulas abertas de proteção contra a discriminação nas relações de trabalho ou como equiparação à proteção às pessoas com deficiência, nas relações de trabalho, promovida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por fim, extrai-se do comando normativo deveres relativos aos particulares, especialmente o de adaptação razoável do trabalho ao empregado com doença crônica ou mesmo a vedação à dispensa por essa razão, que se configura a prática discriminatória.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 16, 1999.
- ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BENDASSOLLI, Pedro Fernando. Trabalho e identidade em tempos sóbrios. Aparecida, SP: Ideias & letras, 2007.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOCORNHY, Leonardo Raupp. A Valorização do Trabalho Humano no Estado Democrático de Direito, Editora Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/2003.
- BOLTANSKI, Luc. O novo espírito do capitalismo. Traduzido por Ivone C. Benedetti. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

A proteção jurídica contra a discriminação a trabalhadores com

- BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Os valores sociais do trabalho. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva: São Paulo, 2014.
- BRAVERMAN, Harry. Trabalho e capital monopolista. 3.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Ordem Jurídico-Econômica e trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 4.ed. 2007.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol. I. Tradução de Roneide Venancio Majer. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. Saraiva: São Paulo, 2014.
- DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. A perda da razão social do trabalho. Terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.
- EFFIOM, Sylvanus B. Disability Discrimination and Substantive Equality: What Lessons Could Be Learnen from the British Public Sector Equality Duty? E-Journal of International and Comparative LABOUR STUDIES. Vol. 4, No 2, May-June 2015. ADAPT University Press, 2015.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 27.ed. Petrópolis, Vozes, 2003.
- GALDEANO, Beatriz Rodríguez Sanz de. La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad. Revista Temas Laborales, n. 127/2014.

- GAULEJAC, Vincent. *Gestão como doença social. Ideologia, poder gerencialista e fragmentação social*. Traduzido por Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 24.ed. São Paulo: Loyola, 2013.
- HELOANI, Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Traduzido por Luís Afonso Heck. 20.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- LAWSON, A.: *Disability and equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.
- LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- MALLET, Estêvão. *Igualdade e discriminação em direito do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- MARTINEZ, Silvia Fernandez. *Enfermedad crônica y despido del trabajador: una perspectiva comparada*. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales e Derecho del Empleo. Vol. 3, num. 1, enero-marzo de 2015. ADAPT University Press, 2015.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*: In Ingo Wolfgang Sartlet (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Trabalho como valor*. LTr 64-12/2000.

A proteção jurídica contra a discriminação a trabalhadores com

- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações laborais individuais. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- RAWLS, John, Uma Teoria da Justiça/John Rawls: Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- ROCHA, Julio. Direito ambiental do trabalho. Mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: Atlas, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez Editora, 2013.
- SCHEUERMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a Súmula nº. 443 do TST. Revista do TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun 2013.
- SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TIRABOSCHI, Michele. Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone conmalattie croniche. Diritto della Relazione Industriale. Numero 3/XXV. Milano, Giuffrè Editore, 2015

El derecho al registro de niños nacidos mediante gestación por sustitución

APANGUELA SAMUCO¹

Universidad de Salamanca (España)

1. INTRODUCCIÓN:

La maternidad por sustitución es una técnica de reproducción humana que actualmente tiene gran relevancia social porque permite minimizar los efectos de la infertilidad. Esta técnica posibilita superar los problemas de infertilidad que no podrían ser solucionados por los métodos tradicionales de la reproducción humana asistida². No obstante, muchas veces la ciencia va más rápido que el derecho y hace que determinados fenómenos sociales estén regulados de formas distintas por los varios ordenamientos jurídicos. Es lo que ocurre con el fenómeno de la maternidad por sustitución, el cual está permitido en determinados países y en otros está prohibido.

En España no es lícito celebrar este tipo de contratos y toda la problemática surge de la dificultad en reconocer al menor nacido mediante la gestación por sustitución. Esta dificultad que existe en reconocer los efectos de un contrato que se considera nulo en España tiene un efecto negativo en relación a los derechos fundamentales del menor, porque mediante este reconocimiento queda limitado el establecimiento de la paternidad, que condiciona la determinación de otros derechos,

¹ Doctoranda en Derecho privado en la Universidad de Salamanca, España.

² VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J., «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010». Diario La ley, nº 7621, sección doctrina, 3 de mayo de 2011, año XXXII, editorial La Ley, pág.3.

como por ejemplo el derecho a la paternidad, el de tener nacionalidad, el de la sucesión, el de ejercer la patria potestad y el impedimento que surge de que sobre el niño no se podrán ejercer derechos y deberes que nacen de la patria potestad, dejando al menor en una situación de acogimiento de hecho por parte de los padres de intención.

2. CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:

El artículo 10 ° de la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida prohíbe los pactos o contratos en los cuales una persona del sexo femenino cede o presta su cuerpo para que en él nazca un ser humano que después de la gestación es entregado al acreedor del contrato, independientemente de que sea mediante un pago o de forma gratuita.

En lo referente al contrato, la madre de gestación abdica y renuncia a la maternidad sobre el hijo que ella misma alumbró y no le inscribe en el registro como suyo. De modo que, al celebrarse dicho contrato, cuando el mismo sea cumplido, la mujer que alumbró renuncia al hijo y este es registrado como siendo hijo de las partes contratantes, a los que llamaremos, mas adelante como “padres de intención”.

3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN:

3.1. MATERNIDAD:

Como hemos señalado, el artículo 10.2 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre las técnicas de reproducción humana asistida establece que *«la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto»*. Para la legislación española, la determinación de la filiación materna se asienta en el alumbramiento. La ley no pone atención a la procedencia del óvulo femenino que es empleado para la fecundación, de modo que no se hace diferencia entre que el óvulo sea de la persona embarazada o de una otra persona que cede el gameto, menos relevancia tiene la consideración de si la fecundación es dentro o fuera del cuerpo de la mujer.

En relación a la mujer, la filiación se constituye en función de la verdad biológica y no de la verdad genética³. La filiación materna se instituye mediante la veracidad en la gestación, de modo que, siempre que el embarazo se lleve por medio de óvulos que no sean de la gestante, el donante no podrá reclamar la filiación. Aunque la madre de intención done sus gametos para la gestación no tendrá el derecho de reivindicar la maternidad en su beneficio porque la maternidad se establece en función de la verdad biológica, y no de la verdad genética. Es decir, en favor de quien realiza la gestación del hijo. Esta posición ha sido reprobada por un sector doctrinal que defiende que no se debería establecer la maternidad exclusivamente por el parto. No obstante, cuando el alumbramiento es realizado en un país extranjero donde es lícita la maternidad subrogada, la maternidad se establecerá en conformidad a las normas de dicho país⁴.

3.2. PATERNIDAD:

La paternidad del hijo que nace mediante la gestación por sustitución se establece por medio de varios factores: por un lado, la filiación por medio de las técnicas de reproducción asistida será regida por las normas civiles, se exceptúan las normas que vienen previstas en el artículo 7.2. y 3. de la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el cual su n° 3 determina⁵ que:« cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

El hombre que done sus gametos para fecundar la madre de gestación contratada o a la persona que se le hace una fecundación *in vitro*, tiene el derecho, si así lo desea, de reivindicar la paternidad

³ HUALDE MANSO, TERESA, « De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil, núm.10/2012 parte comentario, pág.2.

⁴ SELMA PENALVA, ALEJANDRA, Vientres de alquiler y prestación por maternidad. Revista doctrinal Aranzadi Social, núm.9/2013, parte doctrina, pág.8.

⁵ HUALDE MANSO, TERESA,« De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», Revista Doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil, ob. cit. pág.3.

a su favor, forme parte o no de una de los entes del contrato de gestación. Si la demanda es juzgada procedente, se establecerá la filiación en relación al referido hijo y a favor del padre reclamante.

Si bien, siempre que haya sido establecida la paternidad en favor del hombre donante del esperma, la misma no deberá ser establecida posteriormente en beneficio de su compañero o esposo (el donante del material genético), es decir, la paternidad será establecida en relación al padre biológico y la condición de casado no conlleva a la fijación de la paternidad en beneficio del matrimonio homosexual masculino⁶. El establecimiento de la paternidad se hará por medio de la paternidad biológica y posteriormente el menor podrá ser adoptado por el compañero de su padre biológico, en el caso de que sea esta su intención.

Al contrario, si los gametos utilizados para las referidas técnicas fueran de donantes anónimos, estos no se podrían inscribir como hijos del padre reclamante en el registro civil. Sin embargo, en casos de gestación por sustitución, siempre que el material utilizado sea de un donante anónimo, no será posible la determinación de la filiación paterna en relación con ninguno de los progenitores de intención, pero sí se tendrán que considerar los efectos de la inscripción registral hecha en el extranjero de acuerdo con el contrato de maternidad subrogada⁷. En determinados ordenamientos jurídicos se admite que los progenitores de intención vean reconocida la filiación del menor, por medio de la transcripción de la decisión judicial, inscripción del registro civil o adopción, siempre que esté en conformidad con las normas extranjeras.⁸

⁶ IBIDEM pág.4.

⁷ FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS, «filiación genética versus filiación jurídica: a vueltas con la maternidad subrogada. Comentario al auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, Sala Primera, de lo Civil, rec.245/2012», *La Ley Derecho de familia*, n° 7, tercer trimestre de 2015, La Ley 4597/2015, pág.4.

⁸ «En Europa, por poner algunos ejemplos, es el caso de Albania, España, Estonia, Georgia, Hungría, Irlanda, Holanda, Chequia, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania. Eso mismo resulta posible en otros Estados en los que la maternidad subrogada se encuentra prohibida o no se encuentra prevista en la ley, como en Austria, Bélgica, Filandia, Islandia, Italia (cuando al menos existe un vínculo de filiación paterno al ser el padre de intención el padre biológico), así como en Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y,

4. EL REGISTRO DE LOS HIJOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO POR MEDIO DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El contrato de gestación por sustitución en España es nulo. En estas situaciones, la dificultad reside en hacer reconocer los efectos de un contrato de gestación por sustitución celebrado válidamente en otro territorio, donde los referidos contratos son lícitos y la leyes nacionales permiten que los individuos celebren libremente los referidos contratos.

La problemática que se plantea a la hora de registrar al menor nacido en el extranjero por medio de un contrato de gestación por sustitución está en el hecho de que el mismo haya nacido por intermedio de la utilización de vientres de alquiler, técnica de reproducción humana que va en contra de los principios elementales del orden jurídico español, consecuentemente, no queda establecida su filiación, paterna, materna o ambas. Sin embargo, la jurisprudencia tiene defendido que la admisión de la inscripción del registro de un menor nacido en el extranjero mediante el vientre de alquiler en España no perjudica la excepción al orden público, y ello porque sigue primando el interés de la protección de los menores, de su identidad y de su familia. De forma que el orden jurídico español, y teniendo en cuenta los principios e intereses invocados, tendrá que considerar los efectos de los contratos⁹. Es lo que se afirma en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de Septiembre, « ... *la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello (...) con independencia de las modificaciones de la Ley*

eventualmente, Luxemburgo». FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS, « filiación genética versus filiación jurídica: a vueltas con la maternidad subrogada. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015, Sala Primera, de lo Civil, rec.245/2012», ob. cit., pág.4.

⁹ SELMA PENALVA, ALEJANDRA, « Vientres de alquiler y prestación por maternidad». Revista doctrinal Aranzadi Social ob. cit., pág.8.

20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica».

Aunque el contrato de un vientre de alquiler no sea lícito en España, los juzgados españoles están reconociendo algunos de sus efectos con fundamento en el interés del menor¹⁰. Pues, a la hora de interpretar las normas y de decidir qué interés es prevalente, entre el interés del menor o la nulidad del contrato de maternidad por sustitución, debe atenderse el interés del menor. A nuestro juicio se debe tener en cuenta el principio esencial conforme al cual siempre que se trate de un asunto relacionado con un menor, es su superior interés el que prevalece. Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada. De manera que, la inscripción en el Registro Civil consular de la certificación extranjera sobre filiación se está superando porque de alguna manera la ley del registro civil acogió el criterio mantenido por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

La Dirección General de los Registros Y Notariado en su resolución de 18 de febrero de 2009 reconoció los efectos de un acto practicado en el extranjero. A nuestro juicio, la DGRN no ha infringido la ley, sino que dentro de sus competencias hizo una interpretación legal de las normas. Además, entendemos como acertado su posicionamiento al entender que el funcionario encargado de la inscripción debería verificar únicamente si el documento era auténtico y ordinario para que así tuviera las garantías equivalentes a las requeridas por la legislación española conforme a lo establecido por el artículo 85º del reglamento del registro civil¹¹. Lo que hizo la DGRN fue establecer una comprobación formal de la legalidad del documento, simplemente exigió una inspección de la comprobación de la autenticidad del documento público emitido legalmente por un órgano competente

¹⁰ Sentencia 1201/2014 de 23 de diciembre, del tribunal superior de justicia de Madrid (sala de lo Social, sección 3ª), AS 2015/406.

¹¹ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número de 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», Diario la ley, nº 7501, sección Tribuna, 3 de Noviembre de 2010, año XXXI, editorial La ley, pág.1.

que tiene la competencia igual o semejante al órgano español. A nuestro juicio, aunque la legislación española prohíba los contratos de maternidad por sustitución, el reconocimiento en España de los efectos del nacimiento de un menor por la referida técnica no va en contra del orden público, cuando es sabido que se trata de un método de reproducción humana que está permitido en determinados países, y que por una opción de política legislativa no se admite en España porque va en contra de los principios y valores jurídicos del país. Estas razones no bastan para justificar el rechazo de la inscripción de los hijos nacidos por los vientres de alquiler.

La cuestión que se propone es¹²: en primer lugar, saber si la comprobación registral del certificado de nacimiento extranjero deberá estar sometida a un control formal, aparte del control formal se deberá someter al control material que implica verificar que el establecimiento de la filiación está en conformidad con las leyes del ordenamiento español; en segundo lugar, si la resolución de la Dirección General de los Registros y Notariados es armonizable con las reglas y principios del sistema jurídico español, más propiamente, del interés superior del menor.

A nuestro juicio, no se trata de comprobar si los progenitores son o no padres del menor, de lo que se trata es de hacer la inscripción de un nacimiento ocurrido en el extranjero mediante una determinada técnica de reproducción humana. Y el máximo que se podía hacer era verificar si la inscripción estaba en conformidad con la referida técnica y no con el procedimiento común de establecimiento de la filiación mediante un parto natural. Lo que sí se debería comprobar es que los progenitores de intención lo son de acuerdo con el modelo de maternidad realizada para concebir al hijo. Si no hay contradicción en esto, no hay por qué rechazar el registro.

La ley 20/2011, de 21 de julio del registro civil establece que el control de la legalidad de las certificaciones registrales extranjeras debe comprender la confirmación de que es un

¹² DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número de 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario la ley*, nº 7501, ob. cit. pág.2.

documento público autorizado por la autoridad extranjera competente y que el documento público sea emitido por una entidad registral que tiene las mismas competencias que el órgano español competente¹³. Con la alteración legislativa, la entidad española va a determinar la filiación de acuerdo con el registro civil realizado en el país extranjero. La filiación será determinada de acuerdo con la legislación extranjera.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, referente al régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, cambió su posicionamiento respecto a la resolución del 18 de febrero de 2009, ya que paso a exigir no solamente el simple certificado registral de nacimiento, sino también que uno de los requirentes sea español y que aporte una resolución judicial expedida por el país de procedencia a la inscripción de los hijos nacidos por medio de la maternidad subrogada.¹⁴ Este nuevo requisito tiene como objetivo verificar el cumplimiento de las condiciones de validez y de contenido del contrato de acuerdo con la legislación del país de origen para garantizar la salvaguardia de los intereses del menor y de la madre gestante. Esta nueva exigencia posibilita la comprobación de la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la licitud del consentimiento, de la posible revocación del consentimiento, o la comprobación de la inexistencia de una simulación que oculte el tráfico internacional de menores, o de cualquier otro presupuesto exigido por la legislación del país de procedencia. Para DE VERDA Y BEAMONTE, esta solución no se podrá considerar acertada ni adecuada porque estará protegiendo de manera administrativa el “turismo reproductivo” que de alguna forma esquivo la aplicación del artículo 10 de la ley 14/2006 sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

¹³ VELA SÁNCHEZ, ANTONIO, J., «soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014» *Diario La ley*, nº 8309, ob. cit. pág.5.

¹⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número de 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario la ley*, nº 7501, ob. cit. pág.6.

El derecho al registro de niños nacidos mediante gestación

En situaciones en las que la filiación es establecida pero renunciada por uno de los progenitores, también se reconocen los efectos del contrato de maternidad por sustitución cuando existe entre el menor y una de las partes un vínculo biológico. Cuando se dan estos hechos no se cuestiona el consentimiento libre, voluntario e irrevocable para la realización del contrato de gestación por sustitución. Si las partes deciden cumplir el contrato mediante la renuncia irrevocable atribuyendo al progenitor biológico todos los derechos y obligaciones referentes a la paternidad no se deberá cuestionar, a nuestro juicio, el valor de la renuncia y de los derechos de la madre gestante de no querer ejercer sus derechos referentes a la maternidad y su renuncia a ellos en favor del progenitor. En estos supuestos no se renuncia a la filiación sino que se renuncia a ejercer los derechos referentes a la determinación de la filiación porque esta podrá estar perfectamente determinada, lo que ocurre es que uno de los progenitores se recusa a ejercer sus derechos correspondientes. La constancia del registro de la madre es para que el menor tenga conocimiento de sus orígenes biológicos.

Establecida la filiación, el derecho deberá respetar la decisión de la madre gestante de acuerdo con las normas de su país, por las cuales renuncia a sus derechos referentes a la maternidad y de ejercer como gestante en el proceso de nacimiento de un ser humano. La mujer, siempre que su legislación lo permita, tiene la autonomía y la responsabilidad, siempre y cuando d su consentimiento, a celebrar un contrato de maternidad subrogada y renunciar a sus derechos jurídicos referentes a la maternidad. La madre de gestación renuncia, no a filiación, mas sí a la titularidad de la relación jurídico parental y a sus derechos derivados de su gestación o maternidad biológica a favor del padre biológico. Estas situaciones se diferencian de aquellas en las que la filiación no está determinada, cuando la madre gestante renuncia a la maternidad, y no a los derechos a ejercer la maternidad, no registra el hijo, após el nacimiento se lo cede a los contratantes del embarazo,

A mi juicio, la problemática del reconocimiento de los efectos de la filiación de los hijos nacidos en un país extranjero se deberían formular como un problema de reconocimiento de la

autenticidad de una resolución extranjera más allá de un problema de derecho substantivo.

5. NEGACIÓN DEL REGISTRO DE LOS HIJOS NACIDOS POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La problemática del registro de los hijos nacidos por los vientres de alquiler se ha levantado por la necesidad de un reconocimiento en el registro civil de gemelos que han nacido en los Estados Unidos mediante maternidad subrogada. El obstáculo ha surgido cuando la pareja de hombres ha intentado registrar los menores gemelos, hijos de una ciudadana estadounidense, en el consulado español de Los Ángeles. Después de la recusa del consulado español en Los Ángeles a efectuar el registro consular de los menores, la Dirección General del los Registros y Notariados ha expedido una resolución de 18 de febrero de 2009 en la cual obligaba la inscripción de los menos en el registro civil. En conformidad a la resolución se ha efectuado el registro.

Como hemos dicho, el contrato de gestación por substitución no está permitido que sea celebrado en España de forma que las personas que pretenden generar descendencia por esta vía tendrán que irse a los Estados Unidos o a un país donde se les permita celebrar dicho contrato. En el caso particular de los Estados Unidos, después de nacer el hijo empieza un trámite en el tribunal donde el mismo decreta una sentencia en la que señala que los progenitores del menor son aquellos que han delegado la gestación por substitución¹⁵. En dicha resolución deberá constar la identificación de la persona que se quedó embarazada, aunque se hará referencia a la filiación correspondiente, que de hecho será atribuida a las personas que han solicitado el embarazo y han cubierto los costes del mismo. Después del presente trámite en los Estados Unidos, y una vez regresados a España, los progenitores tendrán que hacer la inscripción de la certificación registral extranjera en el registro civil para que el nacimiento ocurrido en el país extranjero tenga efectos en España.

¹⁵ BONILLO GARRIDO, LUIS, « El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por substitución». Diario La ley, nº 8070, sección Tribuna, 25 de Abril de 2013, Año XXXIV, Editorial La Ley, pág.1.

Existen varios argumentos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han utilizado para rechazar dicho contrato. Por un lado, se considera que dicho contrato va en contra a los bienes jurídicos propios del ordenamiento jurídico español, a los valores de la sociedad establecidos en las leyes y en los principios informadores del derecho. Por otro lado, se entiende que mediante ellos se podrá abusar de la situación de pobreza, de familias desestructuradas o de medios problemáticos por parte de individuos con una buena posición económica. Por último, también se argumenta que la evolución de las técnicas de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del menor, mercantilizando la gestación y el hijo, cosificando a la mujer gestante y al hijo, y permitiendo que intermediarios hagan negocio sobre ellos posibilitando la explotación del estado de necesidad de las mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria donde solo quienes poseen altos medios económicos podrán crear relaciones de filiación fuera del alcance de las demás personas. Sin embargo, a parte de esta argumentación de gran contenido ético y moral, a nuestro juicio, existe un lado positivo, que aunque va en contra de los principios éticos y morales de la sociedad y de las normas del ordenamiento jurídico, lo cierto es que, la maternidad por sustitución presupone el derecho a procrear para las personas que no podrán tener hijos de forma genética, siempre que el consentimiento de la madre sea dado ante una autoridad judicial con exacto conocimiento de sus consecuencias, pues no deja de ser un acuerdo voluntario y libre por parte de quien lo lleva a cabo.

Como existe la prohibición de la celebración de los contratos de maternidad subrogada en España ¿será posible transcribir dicha certificación de nacimiento proveniente de un país extranjero? De acuerdo con BONILLO GARRIDO¹⁶ se tendrá que hacer un trámite judicial de la sentencia estadounidense para que la misma tenga efectos en España. Para que este se lleve a cabo, será preciso que las mismas estén en conformidad con los presupuestos impuestos por la ley española que son: sentencia

firme, apostillada, traducida y el procedimiento deberá ser tramitado por un abogado y un procurador. Los Tribunales en España han empezado a homologar las sentencias extranjeras referentes a los hijos nacidos en vientres de alquiler con fundamento en el interés superior del menor y en el principio *favor filii*¹⁷.

A nuestro juicio, la nulidad del contrato de maternidad subrogada no tiene por qué implicar la nulidad de la filiación ni la denegación de la inscripción registral de los hijos. Cuando se niega el registro del menor no se está protegiendo el interés del menor, se le está negando el derecho a tener una familia, más si se deja al menor en una posición débil olvidando la realidad, el hecho de que el menor se encuentre con sus padres de intención, que constituyen una familia de hecho, y los progenitores pasan a tener únicamente la posesión de estado sobre el menor. De modo que, el no reconocimiento de los efectos del registro impide al hijo tener una identidad.

Como ya hemos mencionado, la maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana que va en contra de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español, el ser humano no podrá ser mercantilizado como objeto de comercio por los hombres porque está fuera del tráfico jurídico, además, debemos respetar la dignidad humana¹⁸. El contrato de vientres de alquiler es una causa ilícita, su objeto es ilícito porque su contenido va en contra de las buenas costumbres y de la moral (art. 1.275 del CC). El respeto que se debe tener por la dignidad de la persona y el valor del ser humano son los elementos esenciales que fundamentan la imposibilidad de celebrar contratos de gestación subrogada, y eso conlleva, consecuentemente el rechazo del registro de los menores nacidos de estos contratos de siempre que su filiación no esté determinada.

La inadmisión del registro en España de los menores nacidos mediante el vientre de alquiler implicaría que los menores permaneciesen sin registro de nacimiento e iría en contra del artículo 3º de la convención sobre los derechos del niño que

¹⁷ IBIDEM. pág.2.

¹⁸ SELMA PENALVA, ALEJANDRA, Vientres de alquiler y prestación por maternidad. ob.cit. pág.3.

El derecho al registro de niños nacidos mediante gestación

establece lo siguiente: « *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bien estar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niños.*»

La sentencia de 15 de septiembre de 2010 del juzgado de primera instancia de Valencia argumentó al rechazar la inscripción de los menores el que hubieran sido inscritos como hijos de un matrimonio homosexual español, su rechazo se basaba en admitir la inscripción del menor, y que no tenía fundamento en la condición sexual de los progenitores de intención sino en el modo de concepción de los niños, por ser mediante el contrato de maternidad subrogada. La referida sentencia define el contrato de maternidad por sustitución como: « *aquel contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.*»

De acuerdo con la sentencia que invoca el artículo 10 de la ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006, sobre las Técnicas de Reproducción Humana asistida, el contrato de maternidad subrogada es nulo porque va en contra del principio de la indisponibilidad del cuerpo humano, ya que en estas recaen las facultades reproductivas y de gestión de la madre, haciendo objeto de comercio una función de la mujer tan elevada como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. La maternidad por sustitución se opone también al principio de la indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. A nuestro juicio, estos argumentos son válidos para rechazar el contrato de maternidad por sustitución pero no para fundamentar el rechazo de la inscripción de los niños nacidos en vientres de alquiler. La referida sentencia también consideró que la maternidad se debe establecer por el parto, excepto si existe una acción de reclamación de la paternidad en relación al padre biológico; por ese hecho se consideró que existía una contrariedad entre la ley española y el documento expedido en los Estados

Unidos para efectuar la inscripción de la filiación certificada por las autoridades californianas. Como afirma la propia sentencia, la necesidad de dar solución a situaciones bastante complejas fue la que ha llevado a la Dirección General de los Registros y Notariado a dictaminar la Instrucción de 7 de octubre de 2010 donde prevé la posibilidad de inscribir a los menores nacidos en el extranjero mediante el contrato de gestación por sustitución siempre que se presente una resolución judicial en la que esté determinada la filiación, u otra situación si la resolución tiene el origen en un procedimiento parecido a alguno de una jurisdicción voluntaria de España, siempre y cuando se verifique que se haya respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 ha revocado de forma implícita la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la dirección general de los registros y del notariado en la cual ha hecho referencia al orden público y al artículo 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo en materia de técnicas de reproducción asistida, que establece la nulidad del contrato de maternidad subrogada y establece la regla de determinación de la maternidad por medio del alumbramiento. El Tribunal ha establecido que no debería ser el reconocimiento de un dictamen extranjero el que consagre la filiación de acuerdo con el derecho interno del estado extranjero, sino que el requisito que establece la sentencia para el reconocimiento pase a ser un reconocimiento que no se oponga al orden público internacional español.

Un sector de la doctrina¹⁹ se ha planteado si, al considerar nula la resolución extranjera que concede el reconocimiento de los hijos nacidos bajo el vientre de alquiler y llevar a estos niños a estar bajo la guardia y protección de los servicios sociales para que se les atribuya posteriormente la adopción a terceras personas distintas de los padres de intención, ¿se podría considerar que esta decisión si está a favor del interés del menor?

¹⁹ FLORES RODRIGUEZ, JESÚS, «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n~65192/11». Diario La ley, n° 8363, Sección Tribuna, 28 de julio de 2014, Año XXXV. La ley 4710/2014, pág.2.

Lo que ocurre es que el rechazo del reconocimiento, doble o singular de los hijos nacidos bajo el contrato de maternidad subrogada por los progenitores de intención, exceptuando el vínculo biológico que siempre se permite en relación a uno de los progenitores, crea un estado de indefensión que lleva al desamparo jurídico del hijo. A nuestro juicio, el rechazo del reconocimiento efectivo crea una situación de desamparo jurídico pero no de hecho del menor, y esto porque aunque no les sea admitido a los padres de intención el registro del hijo, el menor no tiene por qué ir directamente a una institución de servicios sociales o ser adoptado por terceras personas distintas de los padres de intención. La prioridad tanto para la guardia de hecho, la adopción, tutela, o acogimiento familiar se quedará en favor de los padres de intención. Siempre que no exista una causa legal que lo impida, no se deberá entregar al menor en adopción a terceras personas distintas de los padres de intención.

6. EL ORDEN PÚBLICO

El principio de la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas, la no admisibilidad de la utilización del cuerpo de un individuo para complacer la voluntad de otra persona de tener un hijo, el respeto a la vida privada y familiar lleva a no consentir que una mujer que engendra un hijo renuncie a él de forma gratuita o por un beneficio económico²⁰. Sin embargo, el orden público solo se deberá utilizar cuando va en contra el interés superior del menor y no se deberá considerar desde la perspectiva de la oposición a la legislación interna.

El Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 aplica el orden público y deroga en parte la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y Notariado y aplica el artículo 10 de la ley 14/2006 de la ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida. En esta sentencia, el tribunal ha considerado que no era suficiente el reconocimiento de

²⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución(a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número de 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», Diario la ley, nº 7501, ob. cit. pág.4.

la resolución extranjera por la que se establece la filiación de acuerdo con el derecho nacional del estado donde se va a reconocer. Según el dictamen, el requisito para el reconocimiento deberá pasar a ser que no sea contrario al orden público internacional español. Con estos argumentos el Tribunal ha rechazado el registro del menor nacido por medio de la maternidad por sustitución.

El Tribunal ha fundamentado su decisión en el hecho de que la protección del menor no podrá ser alcanzada por medio de la admisión de los efectos de un contrato de gestación por sustitución que se considera nulo por el ordenamiento jurídico español y que la filiación se determine por medio de quien ha encargado el embarazo. Según el tribunal, el interés superior del menor no podrá ser analizado en la perspectiva de un contrato de maternidad por sustitución y de un establecimiento de la filiación por parte de los padres de intención, sino que deberá ser analizado desde la perspectiva de la ruptura de los vínculos con la madre que dio el alumbramiento. Sin embargo, no compartimos la decisión del Tribunal porque, a nuestro juicio, el interés superior del menor se sobrepone al argumento de impedir el fraude a la ley.

7. NECESIDAD DE ATENUAR EL ORDEN PÚBLICO

La resolución de la problemática que se plantea en relación al reconocimiento de los hijos nacidos del contrato de maternidad subrogada pasa, como afirma FLORES RODRIGUEZ²¹, por la adopción de una posición definitiva por parte del legislador que suponga, o la inhibición general de los embarazos mediante los contratos de vientres de alquiler, o la manutención de la inhibición de los contratos de vientres de maternidad subrogada aunque se vaya reconociendo la filiación, y consecuentemente se admite el registro para el establecimiento de la filiación, o la creación de un régimen jurídico apropiado que discipline el procedimiento y los efectos de la filiación. . A nuestro juicio, teniendo en cuenta la inexistencia de una normativa específica que regule estos procedimientos y el surgimiento cada más creciente de la

²¹ FLORES RODRIGUEZ, JESÚS, « Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso n~65192/11». Diario La ley, n° 8363, ob. cit. pág.2.

utilización de estas prácticas, que consecuentemente tienen un efecto importante en la condición jurídica del menor, la solución en este momento pasa por la atenuación del orden público. O sea, la inexistencia de una legislación que regule de forma definitiva los contratos de maternidad subrogada no deberá ser la excusa para que el menor se quede privado del derecho al registro. De modo que, el orden público deberá ser atenuado mediante la admisión del registro del menor por los padres de intención.

La resolución de 18 de febrero de 2009, a mi juicio, permitió solucionar una cuestión muy importante, la defensa de los intereses del menor, mas propiamente su identidad. Aunque, como argumentan algunos autores²², que la instrucción va en contra de lo dispuesto en el artículo 10 de la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, a nuestro juicio, una cosa es la nulidad del contrato de maternidad subrogada y otra son sus efectos. La transcripción del registro del menor nacido mediante esta técnica de reproducción humana asistida y su contrariedad con las normas y principios esenciales del ordenamiento jurídico español no afectan el orden público español, y esto porque el derecho a la identidad del niño o, el derecho a la protección del menor y el derecho a tener una vida privada y una familia deberán ser respetados y salvaguardados. Como la filiación es un elemento fundamental en la identificación del menor, se deberá atenuar la intervención del estado cuando exista la necesidad de transcribir el registro de los hijos nacidos mediante la maternidad por sustitución²³.

La atenuación del orden público se justifica por la simple razón de que la necesidad de identidad del niño limita el poder de autoridad del estado. Si no existiese la atenuación del orden público, esto llevaría a que el menor estuviera en una situación de incertidumbre jurídica y complicada para el ejercicio de sus derechos como individuo dentro de la sociedad en la que estuviera inserido. Por ejemplo, la dificultad de acceder a servicios públicos,

²² FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS, « filiación genética versus filiación jurídica: a vueltas con la maternidad subrogada. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 2 de Febrero de 2015, Sala Primera, de lo Civil, rec.245/2012», ob. cit. pág.5.

²³ IBIDEM. pág. 4.

a ejercer derechos familiares y personales, la no concesión de la nacionalidad a los padres de intención del hijo, etc. toda una serie de condicionantes afectarían a la vida el menor.

La necesidad de atenuar el orden público nace del hecho de que en España apenas se ejecutan los efectos del contrato de gestación por sustitución celebrados en otro país. El registro será un efecto del contrato de maternidad subrogada. En la situación inversa, si la cuestión hubiera sido planteada en España y el Tribunal o las autoridades españolas tuvieran que solucionar la cuestión de acuerdo con el derecho substantivo español; en estas situaciones sería admisible que se aplicara el orden público de forma absoluta, pero no es el caso, lo que estamos tratando en concreto se basa en el reconocimiento de una decisión ya tomada por una entidad extranjera con competencia para el mismo y que atribuye la filiación de conformidad a las leyes del país.

A nuestro juicio, al no reconocer los efectos del órgano extranjero se pondrían obstáculos a la globalización y a la libre circulación de las personas, pues esta tiene como consecuencia que cada vez sean más habituales las relaciones entre ciudadanos de diferentes ordenamientos jurídicos y las autoridades nacionales, tanto judiciales como administrativas de las partes envueltas, se les plantea la problemática del reconocimiento de decisiones, actos, o negocios jurídicos proferidos por órganos extranjeros.

8. DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO

La identidad del individuo está relacionada con su persona y es un requisito fundamental en la vida del sujeto. De modo que, la misma identidad se crea a partir del establecimiento de la paternidad. Es a partir del hecho de la filiación que los individuos crean la relación de paternidad²⁴. Además, el establecimiento de la identidad del menor tiene un elemento psicológico y sociológico con un componente jurídico que viene asociado a características y atributos personales que facultan la identificación de la persona a nivel social.

El menor tiene derecho a incorporarse a una familia en la que podrá consolidar su identidad independientemente del

24

IBIDEM.

modelo familiar concreto. El hijo tiene el derecho a que se respete su identidad independientemente de su modo de gestación. Por eso, cuando la Dirección General de los Registros y Notariado aplica la resolución de 18 de febrero se están protegiendo los intereses del menor, preservando su identidad. Aunque el contrato sea ilícito en España, es lícito en el país en el que ha sido celebrado, y esta realidad tiene efectos que se producen en España, y por ello mismo deberán ser reconocidos ante los órganos nacionales.

De acuerdo con el artículo 8º nº 1 de la convención internacional sobre los derechos del niño, *“los Estados partes se deberán comprometer a respetar los derechos del niño y a preservar los derechos del niño, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares en conformidad con la ley y las injerencias ilícitas”*. Ya el artículo 8º nº2 de la referida convención impone que *“cuando el niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de alguno de ellos, los estados partes deberán prestar asistencia y protección apropiada con mira a establecer rápidamente su identidad”*.

La identidad permite que el menor sea inserido en el linaje familiar y permite la inserción en el respectivo núcleo familiar. De forma que, la identidad permite que el individuo tenga derecho al nombre, apellido, fecha de nacimiento, identificación de su sexo, lugar de nacimiento y nacionalidad. De modo que, solo con estos datos se podrá hacer la inscripción del hijo en el respectivo registro civil que le permitirá su anexión de forma legal a un clan familiar y social de acuerdo con un determinado eje familiar²⁵. A nuestro juicio, la identidad del niño es un derecho fundamental porque permite que el mismo tenga establecida la relación de filiación con sus progenitores, de modo que la identidad permite que exista una relación entre el elemento psicológico y sociológico, con el elemento jurídico²⁶.

De acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, en la sentencia de 26 de junio de 2014, en el caso *Mennesson Y Labassée c. Francia*, el tribunal

²⁵ FLORES RODRIGUEZ, JESUS, «El derecho a la identidad del niño en las nuevas formas de familia», *La Ley Derecho de familia*, 18 de Noviembre de 2014, Editorial La Ley, pág. 1.

²⁶ IBIDEM. pág.2.

consideró que el derecho a la identidad personal integra el concepto de vida privada, de modo que existe un vínculo entre la vida privada de los menores nacidos en los vientres de alquiler y el establecimiento de su filiación. Además, con la consagración en el artículo 8º de la CEDH (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) que impone el respeto por la vida privada y familiar; la noción de la vida familiar incluiría las situaciones en las que los individuos cuidan de los menores como verdaderos padres después de que ellos hubieren nacido, habitando en el mismo domicilio, de forma que la vida que llevan en nada se diferencia de la vida familiar en su sentido normal.

9. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Aunque la admisión de la gestación por sustitución sea una posición muy criticada por los siguientes argumentos: la defensa de la dignidad de la persona, evitar el aprovechamiento de personas necesitadas de medios económicos, impedir la negociación de un bebé y evitar el desamparo del niño atribuyéndole a una persona distinta que se encuentra en una posición contraria al interés superior del menor, por los efectos psíquicos y emocionales negativos que podrían recaer sobre la madre de alquiler, etc. Efectivamente, el contrato de maternidad subrogada es moral y jurídicamente contestable porque recae sobre un objeto ilícito prohibido para el tráfico jurídico (1271 y 1275 del Código Civil). No se puede admitir que haya un contrato que tenga como bien u objeto un ser humano y mucho menos se podrá permitir o consentir que una mujer mediante un acuerdo expreso o tácito, gratuito u oneroso, pacte generar un hijo para que posteriormente a su nacimiento lo entregue a una tercera persona. A mi juicio, es un negocio ilícito contrario al orden público. Se trata de un contrato prohibido y una vez realizado deberá ser considerado nulo. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor atribuye al niño el derecho a una identidad única que le permite tener una filiación igual en todos los países, y no que en un territorio se reconozca determinada

filiación y en otro no, además de que los progenitores sean diferentes siempre que cambien de país²⁷.

La invocación del interés superior del menor podrá ser suficiente para superar el impedimento legal sobre la maternidad subrogada. A nuestro juicio, el interés superior del menor no sirve para eludir el impedimento sobre la maternidad subrogada sino más bien para dar solución a un problema que nace de un contrato que, aunque esté prohibido en España, es lícito en otros países y por eso el orden jurídico no puede recusar el reconocer sus efectos. O sea, existe un menor que no podrá estar sin identidad porque haya nacido mediante un contrato que se considera nulo en España. El interés superior del menor impone que se le atribuya una identidad, independientemente de su forma de nacimiento, y exige que el estado cree mecanismos para solucionar rápidamente dicha problemática.

Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del menor estén protegidos y que los mismos derechos prevalezcan sobre los demás derechos en conflicto, sobre todo porque el menor no tiene capacidad por sí mismo de defender sus intereses en semejante situación. Lo que lleva a considerar que cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor (derecho a la identidad) y con el de igualdad (derecho a tener una familia), con independencia del nacimiento (nulidad del contrato de gestación por sustitución), su aplicación (e incluso su neutralización) deben realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor. Entre la aplicación del principio general de la norma que prohíbe practicar el acto y la norma esencial que representa el interés del menor, se deberá escoger la opción más beneficiosa para el hijo. En la situación de los registros de nacimiento por la gestación por sustitución, el derecho al registro y a la identidad supone la opción más ventajosa para el menor.

²⁷ SELMA PENALVA, ALEJANDRA, *Vientres de alquiler y prestación por maternidad*. ob. cit. pág.9.

10. CONCLUSIONES:

El registro es un efecto directo del contrato de maternidad por sustitución, por eso se podrán separar los efectos del contrato-la filiación-, del contrato en sí mismo, que es el pacto en el cual una de las personas es obligada a generar un hijo y a entregárselo a los contratantes después del nacimiento. Si el ordenamiento jurídico español simplemente no reconoce al hijo por haber nacido este mediante la gestación por sustitución, el orden jurídico está vulnerando los intereses superiores del menor. De manera que, la defensa del orden público no podrá ser invocada en contra del menor, sino que desde la normativa que permite su atenuación en situaciones de conflicto como estas. El carácter ilegal de la filiación no justifica que el mismo tenga que tener un trato diferenciado.

Podemos decir que no se podrá ignorar esta nueva realidad social que presenta la maternidad por sustitución, con la que ciudadanos españoles recurren a países donde tales contratos son lícitos y perfectamente admisibles, y que posteriormente a la celebración de dichos contratos regresan a sus países de origen o de residencia, en los cuales pretenden que sea reconocido el registro del hijo nacido mediante esta técnica de reproducción humana asistida, que es el contrato de maternidad subrogada. Lo que si se deberá hacer es buscar soluciones que sean favorables para el menor y no dejarlos en una situación de riesgo. Lo que proponemos es que se haga un encuadramiento jurídico de estas situaciones de hecho y permitir que se reconozca a nivel interno una decisión que esté en conformidad con las leyes del país extranjero donde se ha realizado el referido procedimiento, siempre que el mismo sea similar al de los registros civiles españoles. Y en caso de que sea necesario, se deberá reforzar el control jurisdiccional, lo que no podrá ocurrir en ninguna circunstancia es dejar el menor sin el reconocimiento de la filiación, y esto porque privar al menor del registro sería ponerle en una situación de desprotección y violar su interés superior, perjudicando su situación jurídica y dejándole en una situación de desamparo. El interés superior del menor se sobrepone a las normas jurídicas y le da el derecho a tener una identidad independientemente de su modo de concepción.

CAPÍTULO XVII

Liberdade, segurança e alguns aspectos do dever de colaboração do arguido no processo penal português

ANA PAULA GUIMARÃES¹
Universidade Portucalense (Portugal)

1. Introdução

O regime legal das proibições de prova exige que a prova e os meios da sua obtenção sejam aceitáveis e rigorosos pelo seu capital interesse, utilidade e importância no contexto de uma provável acusação e plausível condenação. Por isso que não possam ser obtidas, utilizadas e produzidas todas as provas convenientes e relevantes para o eficaz combate à criminalidade, tão desejado pela população em nome da sua segurança e da satisfação das pretensões retributivas que a opinião pública reclama, com alguma insistência, nomeadamente por força do espírito de descontentamento com a justiça criminal a que se vem assistindo e que, por sua vez, carrega uma reivindicação justicialista e securitária.

A segurança e a defesa da ordem pública são tarefas estaduais, bem como a prevenção da criminalidade. A consecução deste desiderato, conforme a história se encarregou de nos demonstrar, é capaz de importar agressões graves a bens jurídicos de que o cidadão é titular. Daí que a operacionalidade das entidades competentes para a investigação criminal, para a acusação e para o julgamento tenham de respeitar a irrefragável *concepção da realização legalmente possível e humanamente comportável das diligências probatórias necessárias*, assente nas traves constitucionais de um Estado de Direito democrático e social. Pode, então, o arguido ser compelido à realização de diligências probatórias? Vejamos.

¹ Doutora em Direito; docente de Direito Penal e de Processo Penal na Universidade Portucalense e investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, na linha “Dimensions of Human Rights”, UPT/IJP, Rua Dr. António Bernardino Almeida, 541-619, 4200-072 Porto, Portugal; e-mail institucional apg@upt.pt

2. O dever de sujeição às diligências de prova e medidas de coacção previstas, ordenadas e realizadas por entidade competente

O art. 61º, nº 3, alínea d) do Código de Processo Penal faz recair sobre o arguido o dever de se sujeitar a todas as diligências de prova e medidas de coacção especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente, a fim de se concretizar a finalidade última do processo penal.

A Constituição da República Portuguesa consagra o direito à presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença condenatória e estabelece o direito à segurança e à liberdade pessoal, nos artigos 32º, nº 2 e 27º, respectivamente.

A lei reconhece a não obrigatoriedade de o arguido se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, no artigo art. 61º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal, resultante do direito ao silêncio. Por outra via, a doutrina confirma o privilégio à não auto-incriminação, em nome e homenagem à autonomia pessoal.

O artigo 172º, nº 1 do Código prescreve que qualquer pessoa pode ser compelida, por decisão da autoridade judiciária competente, a realizar exame ou a facultar coisa que deva ser examinada no caso de pretender eximir-se ou obstar ao exame devido.

Em legislação complementar, o artigo 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime das perícias médico-legais e forenses, impõe a obrigatoriedade de sujeição a exames médico-legais quando estes se mostrarem necessários ao inquérito ou à instrução de qualquer processo, desde que ordenados pela autoridade judiciária competente, nos termos legais.

A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, no artigo 8º, prevê a colheita compulsiva de vestígios biológicos. É possível a recolha de amostras biológicas a arguido com finalidades de investigação criminal e de constituição de base de dados de ADN, que pode ser ordenada oficiosamente por despacho judicial, a partir da constituição de arguido² e, quando não se tenha procedido à

² Em correspondência com o preceituado nos artigos 57º e seguintes do Código de Processo Penal, trata-se de acto imposto a um cidadão por um órgão da administração da justiça penal ou a pedido do próprio sempre que estejam a ser efectuadas diligências destinadas a comprovar uma imputação que pessoalmente o afectem. A partir da constituição de arguido na acção penal, transita-se do procedimento criminal, que teve o seu início com o conhecimento por parte do Ministério Público da existência de uma infracção criminal e subsequente abertura do inquérito (segundo um conjunto de regras e actos procedimentais), para o processo. O arguido

recolha da amostra nos termos indicados, é ordenada mediante despacho do juiz de julgamento e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, ainda que haja lugar a pena substitutiva.

Também o Acórdão de fixação de jurisprudência, do Supremo Tribunal de Justiça, de nº 171/12.3TAF.LG.G1-A.S1, de 28/05/2014 (relator: Conselheiro Armindo Monteiro), veio decidir: “Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exmo. Magistrado do M. P., em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”. O Supremo Tribunal de Justiça reconheceu, deste modo, a legitimidade de o Ministério Público emitir uma ordem ao arguido no sentido de este escrever pelo seu próprio punho determinadas palavras, com a finalidade de subsequente de perícia à letra, conjugando vários normativos do Código de Processo Penal, a saber, os artigos 60º, 61º, n.º 1, alínea d), e n.º 3 alínea d), 171º a 173º e 125º e 126º. A recolha de autógrafos, ainda que não se encontre especificada na lei processual penal como diligência de prova, a verdade é que não foi entendida como “extorsão de declarações ou de quaisquer actos processuais que não sejam expressão da vontade livre do arguido” e muito menos como um modo de auto-contribuição para a própria inculpação.

O arguido é, como sabemos, um "sujeito" do processo. Nesse sentido, não é coisificável ainda que em nome das dignas finalidades próprias do processo penal.

Do estatuto do arguido e da consagração constitucional do princípio da presunção de inocência, bem como do privilégio da não auto-incriminação resultará que depende unicamente da vontade e liberdade do arguido participar em diligências de prova em um processo de natureza criminal? A recusa do arguido de participação em diligências de prova é legítima e impeditiva da correspondente recolha do meio de prova em causa?

adquire o *status activus/positivus processualis*. Sobre o assunto, ver mais pormenorizadamente Cunha, José Manuel Damiano da, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto: Universidade Católica (2002), pp. 331 ss. e 343, respectivamente.

3. Sobre a relevância ou irrelevância da vontade do arguido e a exigibilidade de um comportamento passivo do arguido e exigibilidade de um comportamento activo do arguido

Doutrinariamente são defendidas duas concepções sobre o privilégio ou prerrogativa de não auto-incriminação.

Uma, com dimensão minimalista, que o reduz ao direito ao silêncio no que toca à prova por declarações do arguido, consubstanciando-se no direito do arguido a não responder a perguntas feitas, por qualquer autoridade, sobre os factos imputados (Livro III — Da Prova —, Título II — Dos meios de prova —, Capítulo II — Das declarações do arguido, artigos 140º e ss. do Código de Processo Penal). Daí que o arguido, em caso algum, preste juramento e o seu silêncio não possa ser avaliado em seu desfavor. O legislador não obriga o arguido a todas e quaisquer diligências de prova, pelo que o exercício do direito ao silêncio não o fará nunca incorrer na prática do crime de desobediência previsto e punido no art. 348º, nº 1, alínea b) do Código Penal.

Já assim não é no que respeita às demais diligências probatórias coactivas em que, de acordo com a cominação legal, a recusa de colaboração do arguido na descoberta da verdade, induzida pelo dever de se sujeitar às diligências de prova, nos termos do preceituado no art. 61º, nº 3, alínea c) do Código de Processo Penal, terá como consequência, conforme os casos, ou a prática do crime de desobediência, ou a sua execução forçada ou imposta³, mesmo que pelo uso da força, desde que dentro dos limites permitidos pelo artigo 126º que define os métodos proibidos de prova. O que se traduz, por outras palavras, em uma obrigação para o arguido de colaborar com as entidades competentes para o apuramento da verdade e a realização do direito, desde que não se esteja perante prova meramente declaratória⁴.

³ A aplicação ao arguido de uma sanção criminal pelo crime de desobediência poderia ser-lhe favorável em face do risco da incriminação a que se furtaria pela sua recusa. Ver, neste sentido, Pérez Marín, M. Ángeles, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez.(2012), p. 149.

⁴ Neste sentido a jurisprudência do STJ de que damos alguns exemplos: o direito ao silêncio por parte do arguido, não sendo um direito ilimitado, incide sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, ou seja, abrange apenas o interrogatório substancial sobre a factualidade integradora da acusação e declarações sobre ela já prestadas e a questão da culpabilidade; o silêncio não pode prejudicar o arguido, mas dele não pode retirar benefícios (Proc. nº 07P3227 de 10/01/2008); «o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou

Outra perspectiva, com amplitude maximalista, sustenta a não obrigatoriedade de o arguido proporcionar às entidades competentes prova por declarações, prova documental ou de qualquer outra natureza, defendendo o direito de este se recusar a participar activamente nas diligências de recolha de prova que o possam incriminar. Admite e estende o privilégio da não auto-incriminação a todas as diligências probatórias em que a utilização do arguido, do seu corpo ou partes do seu corpo sirvam de meio de obtenção de prova ou como meio de prova contra si próprio, desde que se destinem a influenciar negativamente a prova, no sentido de a dirigir contra si. A infinitização da não auto-incriminação pretende impedir que o arguido seja transformado em simples objecto de prova, «consubstanciando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova (material, documental, declaracional, ou outra) da sua culpabilidade»⁵, o que sucederia em relação às amostras biológicas nos casos em que a extracção pressupõe alguma actividade por parte do visado, cooperação e contribuição individual sem a qual a diligência não seria viável, nem exequível. O sucesso de grande parte das intervenções corporais que consistem na recolha de material genético depende de condutas passivo/activas e de acções preparatórias e de acompanhamento dos exames; não se trata verdadeiramente de uma colaboração activa em que o arguido está obrigado a uma acção através do fornecimento de prova, nem é realmente uma simples colaboração passiva em que o arguido está obrigado a suportar a diligência probatória, inactivo e indiferente.

Nesta óptica é amplo o campo de possibilidades de recusa do arguido. Só casos de grave, elevada e excepcional necessidade probatória admitirão que alguém seja compelido à realização dessas diligências. A cooperação do arguido só poderá ser imposta verificadas as condições de legalidade, proporcionalidade e subsidiariedade. A recusa do arguido,

elementos que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória» e que «sendo, porém, este o conteúdo do direito, estão situadas fora do seu círculo de protecção as contribuições probatórias, sequenciais e autónomas, que o arguido tenha disponibilizado ou permitido, ou que informações prestadas tenham permitido adquirir, possibilitando a identificação e a correspondente aquisição probatória, ou a realização e a prática e actos processuais com formato e dimensão própria na enumeração dos meios de prova, como é a reconstituição do facto» (Proc. n.º 04P3276 de 05/01/2005).

⁵ Pinto, Lara Sofia, «Privilégios contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados: resistance is futile?», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina (2010), p. 109.

verificados estes princípios, será valorada livremente pela entidade investigatória ou pelo julgador, consequência diametralmente oposta à valoração do silêncio do arguido no que respeita às suas declarações⁶. O alicerce desta interpretação vai buscar-se ao privilégio contra a auto-incriminação enquanto construção formal de não obrigatoriedade de auto-inculpação que não exige do arguido o dever geral de colaborar ou coadjuvar o Estado na administração da justiça no que respeita aos factos que lhe são imputados.

O Tribunal Constitucional, no que toca à prerrogativa de não auto-incriminação, decidiu, no Acórdão n.º 340/2013, de 11/11/2013 (Relator: Conselheiro João Cura Mariano) que “tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)”.

Não se pode esquecer que o direito ao silêncio, consagrado no art. 61.º, n.º 1, alínea d) do Código de Processo Penal, constitui uma protecção do arguido face ao poder da administração da justiça penal. Com efeito, a prova por declarações esteve historicamente ligada a metodologias de extorsão da verdade / confissão e à inerente barbárie e crueldade da tortura infligida. Consequentemente o direito ao silêncio tem esta extensão que lhe é inata: proibição de declarações obtidas pela força, contra ou sem a vontade de quem as presta, sobre os factos imputados.

Nesta medida, não tem o arguido o dever de *com as suas declarações e através das suas declarações* colaborar com a administração da justiça penal, precisamente porque a prestação de declarações é depositária de um acto inseparável da vontade de quem as presta. Logo, a impossibilidade de declarações compulsivas do arguido traz consigo a não obrigatoriedade deste comportamento e, portanto, a não obrigatoriedade de uma colaboração forçada do arguido no âmbito da prova declaracional.

Aspecto diferente é o resultante da utilização de prova resultante de declarações prestadas pelo arguido não coactivamente, mas recolhida informalmente pelos órgãos competentes. Qual o valor de

⁶ Não como presunção ou indício de culpabilidade mas justamente como elemento a levar em consideração na formação da convicção do julgador, Pérez López, Jorge A., «El derecho a la no autocriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal», disponível em:

<http://www.derechocambiosocial.com/revista017/autoincrimacion.htm>
(accedido em 30 de Setembro de 2016).

eventuais declarações verbais espontâneas exteriorizadas fora do âmbito do próprio procedimento criminal *v.g.* antes de se iniciar formalmente o interrogatório? Poder-se-á falar de colaboração activa voluntária do arguido com os inerentes reflexos em sede probatória por não ter sido obtida à força? Atento o princípio das proibições de prova, consagrado no n.º 8 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa, a obtenção e subsequente utilização deste meio de prova resulta proibida por atentatória da integridade moral. A prestação de declarações num quadro situacional em que o arguido cuida legitimamente que não venham a ser utilizadas, não pode converter-se em um acto concretizador de um suplemento de prova contra si próprio. O n.º 8 do art. 32.º da Constituição e o art. 126.º do Código de Processo Penal cominam com a nulidade (mais precisamente nulidade atípica, por outras palavras, um vício de inutilizabilidade ou de inexistência) as provas conseguidas por meios desleais ou com recurso a artifício ou astúcia por parte de quem prossegue a actividade investigatória. De resto, o Supremo Tribunal de Justiça⁷ já se pronunciou no sentido da irrelevância de todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente.

O arguido é um sujeito processual e não um simples objecto ou um mero meio de prova. Enquanto sujeito processual está dotado de direitos e também incurso em deveres específicos. Nesta extensão de sujeito sobre quem recaem obrigações, ao longo do procedimento criminal, o arguido aparece como objecto ou meio de prova em sentido técnico, de formas, graus, duração e ritmos variáveis. É assim mesmo quando decide prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, quando é objecto de reconhecimento, de prova pericial, de

⁷ No Proc. n.º 06P4593 de 15/02/2007. Nele se distinguem as provas obtidas informalmente já no decurso de um inquérito com a constituição da pessoa como arguido, pressuposto do exercício do direito ao silêncio, das recolhidas informalmente no âmbito da prática dos actos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, como colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime ao abrigo do disposto no art. 249.º do CPP, em que a actividade dos órgãos de polícia criminal não se dirige contra ninguém em particular e ainda sem abertura de inquérito. Afirmam os Senhores Conselheiros: «Ainda que provenham de eventual suspeito, essas informações não são declarações em sentido processual, precisamente porque não há ainda processo. Completamente diferente é o que se passa com as ditas “conversas informais” ocorridas já durante o inquérito, quando já há arguido constituído, e se pretende “suprir” o seu silêncio, mantido em auto de declarações, por depoimentos de agentes policiais testemunhando a “confissão” informal ou qualquer outro tipo de declaração prestada pelo arguido à margem dos formalismos impostos pela lei processual para os actos a realizar no inquérito».

revistas, de buscas, de exames, de intercepções telefónicas, entre outros. Ou seja, meios de obtenção de prova e meios de prova existem cuja aquisição, utilização e valoração não dependem da vontade ou do consentimento do arguido. Elementar é que a actividade probatória seja conduzida e orientada no quadro dos limites legais que concedem materialidade ao carácter constitutivo dos superiores princípios constitucionais e de direito internacional nesta sede.

Passamos a uma das concretizações possíveis no sistema processual penal português.

O estatuto processual do arguido impõe-lhe a obrigatoriedade de efectuar os exames ordenados com vista à colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e consequente comparação com os deixados no local do crime. O não cumprimento da decisão judicial pode dar lugar a responsabilidade criminal — crime de desobediência previsto e punível no art. 348º, nº 1, alínea b) do Código Penal. A cominação da pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias é a primeira consequência jurídica a que se segue a cominação jurídico-processual preceituada no art. 172º, nº 1 no sentido de conferir efectividade à ordem emanada para realização da diligência probatória através do uso da força, se necessário. Havendo fundadas razões para crer que o arguido se não apresentará voluntariamente, resistindo à submissão ao exame, poderá ser detido para comparência nos termos dos arts. 254º, nº 1, alínea b) e 257º, nº 1, alínea a) do Código de Processo Penal.

Daqui resulta que a actividade indagatória e a eficácia da justiça — imprescindíveis para a descoberta da verdade factual e para a realização da justiça no caso concreto — pressupõem a pessoa do arguido como *meio de prova*, seja através das declarações que voluntariamente decida prestar, seja através de elementos que sobrevenham do seu corpo.

A óptica do arguido como *sujeito meio de prova* aponta para o indivíduo integrador dos valores comunitários, portador de uma porção de responsabilidade social na relação *eu e o outro*, inserido num modelo societário em que as razões da segurança colectiva interceptam a formulação do valor liberdade individual.

Neste âmbito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem estabelecido a distinção entre provas obtidas dependentes de um acto de vontade do próprio arguido e provas produzidas independentemente da vontade do arguido.

As declarações auto-incriminatórias cabem no primeiro tipo porquanto a sua realização se subordina necessariamente a um acto de vontade do próprio. Já a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido, para efeito de determinação do seu perfil genético, tem

cabimento no segundo tipo pois que a sua produção não pressupõe um acto de vontade do visado.

Defendendo a perspectiva de que o direito a não ser obrigado a depor contra si mesmo — direito ao silêncio — é uma «componente do direito de defesa» está Germano Marques da Silva. Nesse sentido «as declarações prestadas pelo arguido (...) devem ser consideradas como manifestação pessoal do direito de defesa do arguido, disponível, por isso, e não como meio de prova sujeita ao dever de verdade»⁸. A não sujeição ao dever de verdade é corolário do direito de defesa. O exercício do direito da defesa não se destina a auxiliar o Ministério Público a acusar ou o julgador a condenar o arguido, por outras palavras, pode comprometer a descoberta da verdade. De forma responsável, no uso da sua liberdade plena, será sempre a vontade do arguido que determinará se quer tomar posição sobre os factos que lhe são imputados e esclarecê-los. Caso assim pretenda, decidirá a forma de o fazer — sobre a totalidade ou sobre parte deles — e quando o fizer, elucidando os órgãos competentes sobre a sua participação ou não participação neles e os termos da sua intervenção, dando o seu contributo para a descoberta da verdade nos precisos termos em que assim o pretenda. Em termos mais claros, sendo o direito ao silêncio renunciável não é impeditivo de o arguido se pronunciar sobre os factos voluntária e conscientemente, no uso da sua liberdade de expressão. Não impede o arguido de se comprometer com os factos nos limites do seu querer. Já não é assim no que respeita a diligências de prova que consistem na recolha de material biológico. Mesmo que realizadas contra a vontade do visado, a recolha de saliva através de zaragatoa bucal não pressupõe uma manifestação de vontade do visado para a sua obtenção. A recusa da colaboração ou a recusa em permitir a recolha não afasta a sua realização coactiva. A prova assim obtida não é prova apresentada pelo arguido, não é prova por ele fornecida directamente.

Por outras palavras, constituindo a livre realização da personalidade ética do homem um limite ao exercício da actividade punitiva, a nossa ordem normativa processual-penal não invalida que o arguido, investido dessa posição processual, não possa ser também *meio de prova*. Meio ou objecto de prova em sentido material quando presta declarações sobre os factos — na medida em que sobre ele não recai a obrigação de falar, não podendo ser coagido a fazê-lo e, mesmo falando,

⁸ Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed. revista e actualizada (2009), p. 238. O Autor justifica, com base neste entendimento, que não se punam criminalmente as declarações voluntárias que não correspondam à verdade sobre os factos.

não tem um dever de dizer a verdade porque não é testemunha em causa própria — e meio ou objecto de prova em sentido formal quando o «seu corpo e o seu estado corporal podem ser objecto de exames»⁹. Na prossecução dos interesses processuais importa que seja assegurada a impossibilidade de obtenção de declarações coactivas ou a prática de outros actos processuais que impliquem confissão involuntária. Donde as diligências probatórias coactivas sejam rigorosamente circunscritas e legalmente delimitadas. A sua admissão é limitada e sujeita a restrições várias. Acresce que a recolha de uma amostra biológica «constitui a “base para uma mera perícia de resultado incerto”, não contendo qualquer declaração ou comportamento activo do examinando no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização»¹⁰.

Existe uma orientação que é dominante, quer doutrinária, quer jurisprudencial (do direito nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) que entende estar o privilégio de não auto-incriminação relacionado com o respeito pela vontade do arguido de ficar em silêncio quanto aos factos que lhe são atribuídos. Este direito não se estenderá de forma ampla e literal à utilização no processo penal de provas que possam ser obtidas do corpo e com o corpo do arguido coercivamente, de provas que existam independentemente da sua manifestação de vontade. É o que sucede quando, por exemplo, são recolhidas amostras biológicas para efeito de análise de ADN em cumprimento de prévio despacho judicial que as autoriza.

A aludida diferenciação entre os *meios de obtenção de prova dependentes* e os *meios de obtenção de prova não dependentes de acto de vontade do arguido* tem implicações jurídico-processuais a nível do princípio do privilégio não auto-incriminação.

Entendem-se as provas obtidas independentemente da vontade do arguido (*v.g.* documentos obtidos por meio de cumprimento de um mandado de busca, colheitas de sangue, urina e outros tecidos corporais destinados a análise de ADN) como não dizendo respeito ao direito ao silêncio, estando excluídas da prerrogativa da não auto-incriminação; rejeita o entendimento «do privilégio contra a auto-incriminação como privilégio de não contribuir “com o seu próprio corpo” para a auto-incriminação», afirmando estar «excluída qualquer pretensão de o arguido determinar, pela sua vontade, quais as provas que contra si podem ser apresentadas, resultado

⁹ No duplo sentido que lhe é atribuído por Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão (2004), pp. 436 a 439.

¹⁰ Veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n° 418/2013, relativo ao Proc. n° 120/2011, de 15/07/2013.

a que se chegará pela aplicação de um amplo e injustificado entendimento do privilégio»¹¹. Veja-se o Acórdão de 11/10/2011, proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, no Proc. n.º 101/09.0 GBMMN.E1. O centro de discussão neste Acórdão reside na questão de saber se do ponto de vista substancial o direito à não auto-incriminação se aplica ao exame de sangue. Dele se extrai que a expressa recusa em colaborar ou a permitir um exame de sangue não afasta a sua realização coactiva, que a prerrogativa da não auto-incriminação só é aplicável aos casos em que o arguido é obrigado a apresentar prova contra si. O fundamento encontra-se na inexistência de um acto de manifestação de vontade de quem tem de suportar a diligência probatória. O exame coactivo de sangue e o resultado da respectiva análise, dizem os nossos Tribunais superiores, não constitui uma verdadeira auto-incriminação pois que a prova não é facultada voluntariamente pelo arguido, não é por ele apresentada; ao contrário, é-lhe recolhida, ainda que à força. Isto é, a prova não está dependente de um acto de vontade do sujeito passivo, por isso, a extracção coactiva de uma amostra de cabelo, de sangue ou de outros fluidos corporais não se traduz, para o arguido, na obrigatoriedade de apresentação de uma prova que pode ser auto-incriminadora.

Por sua vez, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30/01/1990, no Proc. n.º 0004755 julgou não constituir crime de desobediência a recusa do arguido de intervir numa recolha de autógrafos ordenada pelo Tribunal, em fase de julgamento, destinada a apurar se determinado documento foi por ele assinado que se seguiu à recusa de prestar declarações. Esta instância fez equivaler a recolha de autógrafos à prestação de declarações sobre a veracidade ou falsidade da assinatura: «equivale a um especial tipo de declarações, não por via oral, mas por escrita». Exactamente a mesma questão foi apreciada pelo Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido em de 28/01/2009, no Proc. n.º 0816480, que ditou ser ilegítima a ordem dada ao arguido pelo magistrado do Ministério Público no sentido de escrever pela sua mão determinadas palavras tendo em vista a perícia à letra, no âmbito de um inquérito instaurado pela prática de um crime de falsificação, com a cominação de que a recusa consubstanciaria um crime de desobediência. Foi confirmada a decisão do Tribunal de 1.ª instância da Comarca de Gondomar que havia absolvido o arguido do crime de desobediência de que vinha acusado por se ter recusado a prestar autógrafos. O fundamento da absolvição assentou na consideração da

¹¹ Disponível em: www.dgsi.pt.

legitimidade da recusa por o arguido não ter de contribuir para a sua incriminação.

A orientação jurisprudencial vai no sentido da obrigatoriedade de o arguido se sujeitar às diligências de prova ordenadas e especificadas na lei e da não aplicabilidade do disposto no art. 61º, nº 1, alínea d) do Código de Processo Penal (direito a não responder a perguntas feitas) a qualquer outra diligência de prova a que o arguido tenha de submeter-se, sob pena de esvaziamento do estipulado no art. 61º, nº 3, al. d) daquele diploma.

A questão não é tanto a de o arguido dispor da possibilidade de escolher as provas que contra si serão produzidas dado que as provas obtidas ou a obter pelas entidades competentes em ordem a acusar ou condenar são produzidas independentemente da vontade daquele pois que, de outro modo, com grande probabilidade, afastaria todas, na medida que ninguém pretenderá ser objecto de um procedimento criminal. Por isso é que quer a Constituição, quer o Código de Processo Penal estabelecem regras e limites relativos à obtenção e utilização dos meios de prova, definindo rigorosamente a relação entre os fins pretendidos e os meios utilizados.

Com efeito, uma coisa é o arguido ser obrigado a sujeitar-se à recolha de autógrafos ou à colheita de ar expirado que implicam a contribuição e atitude activa da sua pessoa e correspondente vontade de escrever ou de soprar, respectivamente, outra, diferente, é o arguido ver-se constringido a sofrer ou a suportar uma actividade sobre si mesmo, ser sujeito a perícias físicas, psíquicas e outras.

É marcada a distinção entre *exigibilidade de um comportamento passivo do arguido* ou *mera tolerância passiva da actividade de terceiro* — na qual se contam os reconhecimentos e alguns exames que decorrem da execução de uma decisão judicial que compele o arguido à sua prática — e *exigibilidade de um comportamento activo do arguido* ou *uma acção positiva do arguido contra a sua vontade*. Enquanto os primeiros «não bulem com o direito do arguido a não colaborar ou contribuir para a sua incriminação, já o mesmo não sucede com as diligências que impliquem uma conduta activa do arguido, como seja, por exemplo, a notificação do arguido para apresentar documentos ou objectos (porventura a arma do crime)»¹².

¹² Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido em 28/01/2009, no Proc. nº 0816480, já atrás referenciado, disponível em www.dgsi.pt. Estava em causa uma diligência ordenada ao arguido susceptível de contribuir para a sua incriminação pois que se exigia dele o comportamento activo de escrever, a fim de se apurar a falsificação de um escrito. O acto de escrever exige que o arguido o faça pelo seu próprio punho. O Ministério Público, disse o Tribunal, seguiu a via mais fácil. Este Acórdão pondera também haver uma

Daí a defesa da ilegitimidade da ordem que imponha a intervenção activa do arguido na diligência probatória de recolha de autógrafos por lhe assistir o direito tanto constitucional, como infra-constitucional de recusa. A compreensão da distinção das provas dependentes de uma acção positiva do arguido contra a sua vontade e das provas não dependentes da sua vontade funda-se na associação dos efeitos substanciais da não auto-incriminação com a origem histórica do princípio que está ligado à prestação de declarações por meio de tortura. Se o arguido não está obrigado a depor contra si próprio, a “testemunhar” contra si mesmo, a confessar os factos, já o mesmo se não poderá afirmar relativamente a outros meios de prova – que não a declaracional – dado que legalmente a eles terá de se sujeitar.

Existem meios de prova que sem a colaboração activa do arguido não são praticáveis. É o que se passa com o meio de prova *declarações do arguido* e com a *perícia à letra*. O veículo verbal e o veículo da escrita pressupõem sempre um acto livre de vontade do próprio arguido, sob pena de a sua falta descaracterizar o meio de prova em si. Ou a palavra falada é forçada e pode não corresponder à verdade, ou a palavra escrita não traduz a verdadeira letra de quem a faz e então nenhuma delas servirá para esclarecer com o mínimo de nitidez a verdade factual que se pretende apurar, por ser susceptível de ser viciada e distorcida pela não verdade voluntária. Há nestes meios de prova uma interpenetração entre o *querer* do arguido e a *acção* persecutória do Estado. A negação do arguido torna o meio de prova inidóneo e inadequado. Nesta linha de pensamento, a produção pelo próprio punho de amostras de escrita manual colide com a prerrogativa da não auto-incriminação na medida em que se trata de um exame (e não perícia, sendo esta a fase subsequente) que consiste na obtenção de elementos de prova que servirão para sustentar a perícia, ainda que determinada por autoridade legalmente competente, mas cuja execução pressupõe a colaboração activa do arguido. Todavia, no Acórdão de fixação de jurisprudência nº 14/2014, publicado do Diário da República de 21/10/2014, o Supremo Tribunal de Justiça considerou:

“Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exmo. Magistrado do M. P., em sede de inquérito, incorrem na prática do crime de um

diferença importante no que respeita à natureza, entre o exame de recolha de autógrafos do arguido e o teste de alcoolemia, dado ambos pressuporem uma conduta activa e a lei não colocar à disposição do arguido a liberdade de o fazer ou não. Este último tem natureza predominantemente preventiva, enquanto o primeiro tem cariz exclusivamente probatório.

crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”.

O Supremo Tribunal argumentou do seguinte modo:

“O exame à escrita, no aspecto da recolha de autógrafos, não envolve qualquer lesão à integridade física, corpórea ou psíquica, ofensa à honra, dignidade, bom nome, reputação, tanto mais que essa recolha, por regra, ocorre em regime fechado, com o recato devido, apenas uma limitação da sua vontade, um agir num determinado sentido que não o por si desejado, de não se prestar a escrever, mas quando em confronto com o valor da administração da justiça, por estar em causa a indagação da prática de crime de falsificação, cede, por se situar, na justa ponderação de interesses, na colisão de interesses desiguais, num plano inferior, – arts. 36º n.º 1, do CP e 335º n.º 2, do CC. O valor da liberdade individual não pode considerar-se auto-limitado em grau tão elevado que anule o direito do Estado e a defesa dos cidadãos ao direito à perseguibilidade penal, conservando a ordem de fazer o escrito sob cominação de desobediência na hipótese de resposta negativa, ainda, intocado o núcleo duro daquele direito, que suporta, apenas, uma mínima restrição. Em todos os dias essa compressão é visível em variados sentidos da vida humana e nem por isso se diz ter sido abalado em grau insuportável esse direito fundamental”.

E acrescentou:

“Um Estado de direito não pode demitir-se do dever de assegurar o valor-pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo-lhe também deveres, inconcebível quando consagrado um estatuto de distanciamento demasiadamente alongado, tornado chocante e escandaloso, quanto ao ofendido”.

Nos meios de obtenção de prova e nos meios de prova emergentes do corpo humano não se verifica a acima inscrita recíproca razão formativa da prova. Nestes a vontade do arguido ou a falta dela não aponta no sentido da falta de autenticidade ou de veracidade da prova. A recusa da realização da diligência de prova poderá determinar responsabilidade criminal pela prática de um crime de desobediência e mas a falta da prova não pode ser interpretada ou valorada como presunção de culpa, simplesmente não será considerada para efeito da formação da convicção do julgador. Pelo que, nesta perspectiva, recaí sobre o arguido a obrigação legal de tolerar passivamente o exame, isto é,

a obrigação de se comportar como objecto de prova. O arguido não colabora activamente na realização das diligências probatórias e é objecto de prova porque aqui não usa da faculdade de colaborar ou não, não exerce a sua liberdade de opção. Este foi o pensamento proveniente do Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 155/2007, de 10/04 (Relator: Conselheiro Gil Galvão), segundo o qual o direito à não auto-incriminação se refere «ao respeito pela vontade de o arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito». Para os Conselheiros, a colheita de saliva não é em si mesma nenhuma declaração, constitui, sim «a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um resultado passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação».

4. Conclusão

As preocupações aqui trazidas entroncam no modelo de processo penal onde o arguido assume o protagonismo – corolário dos postulados de liberdade e de respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana – no sentido em é o centro do procedimento, da investigação e da condenação criminal. As declarações e a confissão do arguido não são, nem têm de ser a fonte de informação privilegiada da investigação e sancionamento do facto punível e transcendem o sentido da operatividade probatória. Mais do que meio de prova¹³, mais do que fonte de prova, as declarações do arguido consubstanciam uma expressão do direito de defesa, um direito instrumental do inalienável direito de defesa.

O silêncio constitui um dos modos possíveis — quanto à forma, tipo e conteúdo — do exercício do direito de defesa do arguido e é um evidente obstáculo à procura indistinta e incessante dos factos que se pretende apurar no âmbito da investigação. Apesar da tendencial propensão para confundir o direito ao silêncio e a prerrogativa de não auto-incriminação, a verdade é que existe uma diferença entre ambos, sendo corrente apontar-se duas perspectivas desta última. Do direito ao silêncio decorre a garantia de não auto-incriminação por via declaratória que compreende a liberdade de não testemunhar contra si próprio, a

¹³ Na sistematização do nosso Código de Processo Penal as declarações do arguido integram o Capítulo II, Título II destinado aos meios de prova. As declarações do arguido, na nossa ordem normativa, mais do que um elemento probatório, são uma verdadeira manifestação do exercício do direito de defesa e do correlativo direito ao contraditório.

liberdade de não confessar e a consequente liberdade de não declaração de culpabilidade. Sendo as declarações do arguido consignatárias de um acto de vontade que lhe é intrínseco, traduzem-se em verdadeiro meio de defesa, em efectivo instrumento de defesa, ou seja, manifestam-se, nem mais nem menos, no direito do arguido ser ouvido. A garantia da não auto-incriminação assegura ao arguido o gozo do direito ao silêncio, mas não lhe confere o direito irrestrito de não colaboração na descoberta da verdade, não lhe atribui o direito à livre escolha dos meios de prova a coligir e utilizar em vista da pretensão punitiva do Estado, nem lhe concede o direito a impedir ou a inviabilizar a realização da justiça penal.

Não obstante a divisão de ópticas do privilégio de não auto-incriminação (8minimalista e maximalista), a verdade é que o estado actual do direito processual penal ainda não encontrou, de forma definitiva, uma resposta para a indispensável concordância entre as necessidades estaduais da descoberta da verdade factual e realização da justiça criminal e a necessidade de preservação das garantias de defesa do arguido, designadamente, no que toca com a questão da colaboração deste com a administração da justiça.

Se bem que exista uma distinção entre provas obtidas dependentes de um acto de vontade do próprio arguido e provas produzidas independentemente da vontade do arguido, com efeito, tem-se verificado uma variabilidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial de que demos conta quanto à (i) legitimidade de recusa de colaboração do arguido e no que respeita aos seus efeitos, em especial, no que concerne à integração da factualidade típica do crime de desobediência.

A resposta terá de passar por conciliar o poder/dever do Estado de perseguição dos agentes criminosos, em nome da salutar administração da justiça criminal, quando confrontado com outros valores de dimensão jusconstitucional de que os cidadãos são titulares, quer na qualidade de arguidos, quer na de vítimas. É fundamental uma ponderação moderada dos interesses conflitantes, com especial cuidado para se evitar cair em soluções limitativas insuportáveis e irrazoáveis por via da adopção de tendências extremistas, totalitárias, justicialistas e securitárias. O Estado de Direito democrático, proclamado no art. 2º da Constituição da República Portuguesa, requer do aparelho estatal uma pose comprometida, nem maximalista, nem minimalista, em que o Estado tem o dever de proteger os cidadãos e de garantir os valores jusfundamentais, é fundamental encontrar este equilíbrio ao nível da actividade probatória no processo penal. Ponto é que a operacionalidade das entidades competentes para a investigação criminal, para a acusação e para o julgamento respeitem a irrefragável *concepção da realização legalmente*

possível e humanamente comportável das diligências probatórias necessárias, assente nas traves constitucionais de um Estado de Direito democrático e social.

Referências bibliográficas:

- Beleza, Tereza Pizarro e Pinto, Frederico de Lacerda da Costa (coord), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Coimbra: Almedina (2011)
- Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 6ª edição (2016)
- Código Penal, Coimbra: Almedina, 6ª edição (2016)
- Cunha, José Manuel Damião da, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto: Universidade Católica (2002)
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão (2004)
- Moreira, Vital, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora (2014)
- Pérez Marín, M. Ángeles, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. (2012)
- Pérez López, Jorge A., «El derecho a la no autocriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal», disponível em <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincriminacion.htm> (acedido em 30 de Outubro de 2016)
- Pinto, Lara Sofia, «Privilégios contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados: resistance is futile?», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina (2010)
- Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed. revista e actualizada (2009)

CAPÍTULO XVIII

Os fluxos migratórios e os “mulas” na perspectiva dos direitos humanos

MAIQUEL ÁNGELO DEZORDI WERMUTH¹

GUILHERME A. SOUZA GODOY²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil)

Universidade do Porto (Portugal)

INTRODUÇÃO

O trabalho está estruturado em quatro capítulos na tentativa de reunir conceitos introdutórios essenciais para o entendimento de temas que se relacionam na delimitação da proposta de análise. Após dois capítulos com os mencionados conceitos, desenvolve-se o estudo a fim de abordar a esfera criminal das migrações, nomeadamente sobre o tráfico de drogas cometido através dos indivíduos designados de “mulas”. No derradeiro capítulo é feita uma importante análise na perspectiva dos direitos humanos.

A migração, individual ou coletiva, é uma forma de comportamento natural que caracteriza as sociedades humanas³.

¹ Doutor em Direito – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil. E-mail: madwermuth@gmail.com

² Doutorando e Mestrando em Criminologia pela Escola de Criminologia da Univ. do Porto, Especialista em: Criminologia pela FDUP, Direito Penal e Proc. Penal pela UFMT e em Direito Público pelo ICE-MT. E-mail: drugscrim@gmail.com / <http://bit.ly/guilhermegodoy>

³ Segundo Malgesini e Giménez (2000, p. 282), “los movimientos migratorios son el producto de una tendencia natural e histórica de las personas a desplazarnos siempre con un mismo objetivo: mejorar nuestra situación de partida. Eso no significa que todo el mundo tenga la misma motivación; por el contrario, en ocasiones la meta puede ser la búsqueda más elemental de la supervivencia, escapar de los peligros o conseguir alimentos, y en otras, la

O continente europeu, particularmente, foi o cenário de numerosos movimentos migratórios. Tanto que, em território europeu, “no existe un pueblo o una nación que no sea heredero o resultante de una gran migración, pacífica o producto de la dominación bélica.” (MALGESINI; GIMÉNEZ, 2000, p. 281). Ocorre que, na contemporaneidade, a característica das migrações contemporâneas que mais inquieta e suscita o interesse por esta pesquisa reside nas respostas que os atores institucionais estão dando a este fenômeno, a qual se situa em uma perspectiva diametralmente oposta à abertura característica de outros momentos históricos, particularmente por conta do fato de que referidos fluxos, além de questões relacionadas ao terrorismo e ao tráfico de pessoas, também carregam consigo preocupações atinentes ao tráfico de drogas por meio dos imigrantes utilizados como “mulas”.

Em 2016 houveram inúmeras alterações legislativas no sentido de regulação das drogas, principalmente nos Estados Unidos, onde há legislações autônomas em seus estados, onde grande parte foi alterada nomeadamente em relação aos derivados de cannabis, considerada em diversos estudos como uma droga leve e, segundo o relatório da Organização Mundial de Saúde (2016), a mais consumida no mundo. Nesse sentido, é pertinente ao trabalho trazer os principais conceitos de regulação de drogas e o exemplo de algumas recentes aplicações das diferentes formas de regulação, deixando uma questão ao longo do trabalho, qual seja, guardando as devidas particularidades cultural, econômica, social e política de cada nação, uma iniciativa no sentido da regulação das drogas, teria um impacto positivo quanto ao tráfico de drogas na imigração através dos mulas?

Após a conceitualização, começaremos por analisar a forma como são apresentados os imigrantes e destrinchar as formas legais e ilegais de imigração, dando uma ênfase aos imigrantes que tem relação com o mercado das drogas, para, ao final, demonstrar que as políticas migratórias assentadas no paradigma da segurança e do afastamento contribuem para a

violação dos direitos humanos de todos os migrantes, e não apenas daqueles envolvidos com o mercado de drogas.

OS FLUXOS MIGRATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS

Na contemporaneidade os fenômenos da globalização e da desregulamentação da economia mundial fazem com que as forças do capitalismo global impulsionem de forma nunca antes vista os movimentos migratórios. Paralelamente a outros fatores de expulsão – a exemplo da repressão ideológica e religiosa, das catástrofes naturais e da pobreza, bem como dos conflitos armados que se alastram pelo mundo contemporâneo afora – as forças do capitalismo cada vez chegam a mais habitantes do planeta, seduzindo-os com seus produtos e com o modo de vida associado aos países desenvolvidos.

Além disso, outros fatores como os avanços no transporte – que reduzem a distância física entre os países – e os progressos nas tecnologias aliadas à comunicação, o estreitamento de relações internacionais, a existência de redes sociais que estabelecem vínculos através dos países, a acentuação da diferença de crescimento demográfico entre as regiões desenvolvidas e em vias de desenvolvimento, a demanda pelas economias dos países desenvolvidos de mão-de-obra estrangeira para determinados setores, etc, podem ser vistos como fatores preponderantes para o incremento dos movimentos migratórios, que alcançam patamares outrora inimagináveis (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007).

Diante de um quadro tal, Martínez Escamilla (2008, p. 2) salienta que não se está exagerando “cuando se afirma que los actuales movimientos migratorios están llamados a producir en nuestra sociedad un impacto más profundo y significativo que cualquier otra cuestión social.” Segundo dados da Comissão Europeia sobre Migração e asilo (2013, p. 3), dos cerca de 500 milhões de pessoas que vivem na União Europeia, aproximadamente 20 milhões são cidadãos de países que não pertencem à UE. Como consequência, destaca Llinares (2008, p. 2) que, nos últimos vinte anos nos países centrais europeus, a imigração deixou o lugar minúsculo que ocupava no *ranking* de importância social atribuída às distintas políticas públicas para praticamente encabeçar esta lista hipotética.

A intensificação da imigração irregular a partir da fronteira marítima no sul da Europa tem impregnado o debate político europeu sobre o tema, o que tem contribuído para o enriquecimento tanto da reflexão teórica quanto da prática política sobre a imigração irregular e os mecanismos de controle migratório. Isso porque o fenômeno em questão tem colocado em primeiro plano vários aspectos que são fundamentais para a compreensão dos motivos que impulsionam a imigração na região: as enormes desigualdades econômicas, a criação de uma espécie de “cultura” da imigração e da saída em diversos países africanos, as tensões crescentes na arena europeia entre os países que são fronteira exterior da área denominada “Espaço Schengen”⁴ e os que não são, bem como – e principalmente – as dificuldades de controle/gestão da imigração irregular.

Como asseveram López Sala e Sánchez (2010), a extensão do controle migratório tem se materializado de forma mais saliente na prática política na fronteira marítima do sudoeste da Europa comunitária, uma vez que a intensificação da imigração irregular por meio de embarcações desde meados da década de 1990 até a Espanha, Itália e Malta tem convertido esses países em objetivo excepcional das análises que sobre esta dimensão se realizam no campo das políticas públicas comparadas.

Nesse rumo, salientam os autores (2010, p. 77) que “la vigilancia fronteriza y su externalización han sido los dos elementos que mayor desarrollo han experimentado en los últimos años.” Na observação de Santiago (2010, p. 138), cada vez mais se distinguem os espaços “europeus” dos “não-europeus” e a abertura criada pelo “Espaço Schengen” *ad intra* contrasta com as restrições que tem sido criadas *ad extra*.

⁴ “Em 1985, a assinatura do Acordo de Schengen por cinco países da União Europeia (UE) assinalou o início de uma cooperação destinada a eliminar as fronteiras internas. Nos anos que se seguiram, a maioria dos países da UE, juntamente com alguns países terceiros, aderiram a este movimento para formarem o denominado espaço Schengen, no âmbito do qual os países participantes deixaram de fazer controlos ao longo das suas fronteiras comuns. As pessoas podem assim circular livremente entre os países do espaço Schengen sem terem de mostrar o passaporte.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 3).

Efetivamente, a busca pela eficácia no controle dos fluxos migratórios tem transformado a ação política dos Estados por meio de diversas práticas que, para além do mero incremento da vigilância nas fronteiras, perpassa também pela extensão do controle migratório até mesmo para o exterior dos seus territórios.

Ao comentar essa política de externalização de fronteiras, Morice e Rodier (2010), destacam que, a partir desse momento, as fronteiras externas do Espaço Schengen acabaram sendo consolidadas por meio de uma segunda linha de fortificação que dependia da colaboração dos países de origem, razão pela qual foi denominada “dimensão externa da política de imigração e de asilo” pelo Programa de Haia de 2004⁵, que definiu as dez prioridades da União Europeia para os próximos cinco anos. Na ótica dos referidos autores, em última análise, “tratava-se de entregar o ônus do controle das fronteiras aos Estados não europeus, dentro de uma parceria tão pouco transparente quanto injusta.”

Essa externalização do controle das fronteiras foi ratificada pelo Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo⁶, celebrado pelos 27 países da União Europeia em 2008, por iniciativa da França (que exercia, à época, a presidência da União). Por meio desse Pacto, os países de origem e de trânsito dos migrantes com destino à União Europeia são colocados na posição de guardas de fronteiras, função que, na ótica de Morice e Rodier (2010) mais se parece com uma obrigação, já que eles tem o dever de proteger à distância os limites territoriais da Europa, em troca de contrapartidas financeiras e políticas.

Segundo López Sala e Sánchez (2010, p. 83), as ações de controle na origem tem por objetivo, em primeiro lugar, dissuadir os imigrantes e, em segundo lugar, selecioná-los. Esse controle remoto se dá por meio da política de vistos e dos programas de recrutamento de trabalhadores, combinados com acordos

⁵ O texto integral do referido programa está disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_right_s_within_european_union/116002_pt.htm>. Acesso em: 22 dez. 2016.

⁶ O texto integral do referido Pacto está disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=PT&qt=PDF&gc=true&sc=false&f=ST%2013440%202008%20INIT>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

bilaterais de vigilância e readmissão que tem transformado os países de origem e de trânsito em guardiões fronteiriços de territórios alheios. Além disso, as medidas dissuasórias ocorrem por meio de campanhas informativas que tem por objetivo mostrar aos migrantes os perigos das travessias.

Somam-se a estas medidas de controle remoto ações de dissuasão coercitiva no trânsito das travessias, as quais pretendem impedir ou dificultar a saída ou o desenvolvimento de uma parte da viagem. Destacam-se, aqui, medidas como a vigilância conjunta das costas africanas por parte da Guarda Civil espanhola e da polícia da Mauriânia e do Senegal, bem como as operações conjuntas coordenadas pela Frontex⁷ no Mediterrâneo e no Atlântico (LÓPEZ SALA; SÁNCHEZ, 2010).

Como assevera Martínez Escamilla (2007, p. 16), “dos pilares fundamentales de cualquier política inteligente de inmigración, cuales son el desarrollo de los países emisores y la integración, parecen haber sido pasado a un segundo plano incluso en la retórica de política europea de inmigración.” A imigração é vista como uma “ameaça”, razão pela qual sua gestão se dá em nível de “segurança”, com destaque para o controle das fronteiras e para o reforço dos instrumentos jurídicos e meios materiais que possam potencializar a “luta” contra os imigrantes irregulares.

Pouco se cogita acerca do codesenvolvimento, tampouco a integração dos imigrantes. A partir do Conselho Europeu de Sevilha, celebrado em junho de 2002⁸, a imigração passou a ser

⁷ A Frontex (Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia) é um organismo da União Europeia tem por objetivo prestar assistência aos países da UE na correta aplicação das normas comunitárias em matéria de controles nas fronteiras externas e de reenvio de imigrantes ilegais para os seus países de origem. Foi criada pelo Conselho (CE) nº 2007, de 26 de outubro de 2004, cujo texto integral encontra-se disponível em: <http://frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/frontex_regulation_en.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2016.

⁸ O texto integral do Conselho Europeu de Sevilha encontra-se disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:261E:0529:0533:P>>

interpretada e gestada a partir da ideia de segurança: o norte dos debates passou a ser a “‘lucha’ contra la inmigración ilegal mediante el refuerzo del control de fronteras, una estrategia única de asilo y la inclusión de la política de inmigración como parte de la política exterior.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 16) ⁹. Em boa medida, a questão do tráfico de drogas por meio da utilização dos imigrantes como “mulas” tem impulsionado essas medidas, conforme análise que será feita na sequência.

REGULAÇÃO DAS DROGAS E SUAS DEFINIÇÕES

Num breve histórico, vale ressaltar que o proibicionismo quanto a produção, comércio e consumo de drogas se concretizou, em normativos internacionais, nas Conferências de Shangai (1909) e de Haia (1912), gerando, a partir daí, adesão crescente a esta vertente. No século XX, a Convenção Única sobre os Estupefacientes (1961), a Convenção de Viena sobre os Psicotrópicos (1971) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (1988) têm uma adesão praticamente universal. Consolidando-se a ideia de proibição com criação de mecanismos repressivos, num sentido de «guerra às drogas», oriunda do discurso da declaração do presidente dos Estados Unidos, em 1971, Richard Nixon. (Quintas, 2015)

Numa era cada vez mais anti-proibicionista, dentre os principais modelos de regulação de drogas, alternativos à criminalização, podemos destacar a descriminalização, a despenalização e a legalização. A **descriminalização** é uma espécie de despenalização, diferenciando-se pelo fato da sanção aplicada à determinada ação perder o caráter criminal, sendo substituída por uma sanção não penal, geralmente civil ou administrativa, ou seja, quem foi apreendido não terá registro

T:PDF>. Acesso em: 22 dez. 2016.

⁹ “Se insta a que los futuros acuerdos de cooperación con terceros países incluyan una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre readmisión obligatoria y se advierte que la colaboración insuficiente en este sentido podría dificultar una intensificación de las relaciones entre esos terceros países y la Unión Europea. La cooperación aparece, pues, subordinada a la colaboración con las restrictivas directivas europeas en la materia.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2007, p. 17).

criminal. A **despenalização** é parecida, pode ocorrer em dois níveis: deixando de haver uma pena e passando a haver apenas sanções alternativas ou reduzindo o *quantum* de aplicação de pena a determinada ação, no entanto, a simples despenalização mantém o caráter criminal. A **legalização** é quando o tipo penal é retirado do código penal ou lei penal especial, mas continua havendo um controle sobre a ação (diferente de liberalização), uma regulamentação, em regra administrativamente, passando a ação a ser controlada por órgão regulamentador (Pacula apud Pertwee, 2014; Quintas, 2015; MacCoun, 1993).

Esses três modelos podem abranger diferentes esferas e finalidades, podendo ser referentes ao comércio, consumo e/ou produção, de todas as drogas ou drogas específicas, para fins recreativos ou medicinais. Para ilustrar cada um dos principais modelos de regulação de drogas vejamos a seguir.

Em Portugal, segundo o professor AGRA (2015), «a descriminalização do uso de drogas nos anos 90 constituiu um evento muito importante. Em 1998, o governo português estabeleceu um comitê *expert* composto de acadêmicos e profissionais do campo em questão, para idealizar uma nova estratégia de controle de drogas. Depois de um amplo debate, em que a população toda estava incluída, o Parlamento votou por essa proposta. A lei de descriminalização foi publicada em 2000 e entrou em vigor em 2001».

O Decreto-Lei n.º 30/2000 DESCRIMINALIZOU o consumo de todas as drogas, em quantidades estipuladas na Portaria n.º 94/96, de 26 de março, anexada ao Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

O consumo de drogas passou a ser uma contra-ordenação, quem é apreendido consumindo, até a quantidade estipulada na Portaria referida, é encaminhado às Comissões para Dissuasão de Toxicodependentes, onde é oferecido um tratamento. Se a pessoa se recusa ao tratamento terá que pagar uma coima.

No Uruguai, entrou em vigor a Lei n.º 19.172, de 20 de dezembro de 2013, que LEGALIZOU o consumo, cultivo e comércio de *cannabis*.

Os fluxos migratórios e os “mulas” na perspectiva

A lei foi regulamentada através dos Decretos 120/2014, 372/2014, 46/2015 e 128/2016, onde estipulou-se a criação de um órgão que regulamenta, controla e fiscaliza as atividades que passaram a serem lícitas, denominado Instituto de Regulação e Controle da Cannabis (IRCCA).

Os usuários de drogas devem se cadastrar no mencionado órgão e há uma quantidade máxima de consumo. Para cultivar, também deve-se cadastrar e se submeter à fiscalização do órgão regulamentador. A venda da *cannabis* também está sob as regras controladas pelo respectivo órgão, através do Estado. (PARDO, 2014)

No Brasil, até 2006 a legislação de drogas previa pena privativa de liberdade para consumidores de drogas (posse para consumo). Com a lei nº 11.343/2006 ocorreu uma DESPENALIZAÇÃO uma vez que passou a haver medidas substitutivas à privação da liberdade como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, para os agentes que tiverem sua conduta configurada como usuário, ao serem apreendidos com drogas.

Nos Estados Unidos, os Estados são autônomos, cada um possuindo legislações próprias, podemos destacar os Estados do Colorado e Washington, sendo que o primeiro legalizou o consumo de cannabis, permitindo a sua venda condicionada, para fins recreativos, o segundo aprovou também já a possibilidade de regular e legitimar a produção, distribuição e uso, também apenas da cannabis (Pardo, 2014).

Ainda nos EUA, em 2016, dentre as variadas formas de regulação, foram aprovadas nos estados de Califórnia, Maine, Massachusetts, Nevada (cultivo, comércio e uso de cannabis para fins recreativos) e Florida, Arkansas, Montana, Dakota do Norte (cannabis medicinal).

Também em 2016, Chile autorizou e abriu o primeiro clube de Cannabis medicinal, França autorizou e abriu a primeira sala de consumo de Cannabis, Copenhague autorizou e abriu a maior sala de consumo de Cannabis do mundo, Austrália legalizou o consumo de Cannabis para fins medicinais, além de outras medidas no mesmo sentido prometidas por governos de diversos

países do mundo para serem implementadas em 2017. (Talking Drugs, 2016).

FLUXOS MIGRATÓRIOS E OS “MULAS”

No artigo “Drogas y Gestión del Conflicto Social en el Cambio de Siglo: ¿Nuevos sujetos, nuevos espacios de riesgo?” (Romani et al apud Agra et al 2003), é feita uma análise sobre o controle das drogas, incluindo uma questão relacionada ao tema em comento quando os autores se perguntam se uma das principais justificativas para as políticas duras de controle e segurança na imigração, é a presença das drogas e o terrorismo.

No desenvolvimento dos estudos os autores discorrem no sentido da existência de um círculo de «terrorismo-droga-imigração», que desde a crise dos anos 70, pelo menos na Europa, tem sido a justificativa das regulamentações e discursos que tendem a um controle intensivo de distintas populações definidas como potencialmente perigosas (nomeadamente imigrantes pobres oriundos do chamado “terceiro mundo”).

Na parte empírica do estudo, onde os autores analisam o tráfico de drogas efetuado maioritariamente por imigrantes marroquinos na Praça Real de Barcelona, concluem que em consequência da situação analisada é formado um estereótipo com a identificação de imigrantes como delinquentes, atribuindo a esses uma cultura atávica e impossível de «integrar», termo que segundo os autores é «totalitário» imposto ao que é de fora da cultura local, mas «não tem que integrar o que já se encontra dentro de uma sociedade», além de se qualificar os fluxos migratórios com metáforas que sugerem perigo ou ameaça (invasão, avalanche, etc).

Salt and Stein (1997) fazem uma análise da imigração, dividindo-a entre legal e ilegal, por um lado estudantes e profissionais regulares e, por outro, variadas formas de tráfico - um negócio milionário (drogas, prostituição, bens roubados, armas, lavagem de dinheiro), destacando uma das consequências a ocorrer com os indivíduos: serem mulas (contrabandear drogas, trazendo-as em seu corpo). Os autores analisam as formas e estratégias de recrutamento, como sendo a primeira etapa desse

tipo ilegal de imigração. A segunda etapa é a rota, podendo ser uma longa viagem através de diversificadas maneiras, podendo acabar em tragédia. A última etapa analisada é a inserção e integração, onde os indivíduos geralmente continuam trabalhando na carreira das drogas ou prostituição e dependentes dos traficantes.

Enquanto Salt and Stein analisaram o fluxo migratório europeu, Ortmeyer e Quinn (2012) analisam «um dos maiores fluxos migratórios bilaterais do mundo», a migração dos mexicanos para os Estados Unidos, caracterizada por ter pouca duração, ser cíclica e com altos custos e motivada tipicamente por oportunidades financeiras e reencontros familiares. Com a dificuldade na travessia, estudos apontam que muitos mexicanos contratam contrabandistas («coyotes») para os ajudar. O estudo se desenvolve verificando, através de uma análise quantitativa de dados estatísticos oficiais, os fatores envolvidos na duração da travessia e preços cobrados pelos coyotes.

Destaca-se que os coyotes também estão envolvidos em tráfico humano e de drogas, usando migrantes como “mulas”, podendo ter relação com o alto preço a pagar aos coyotes para fazerem a travessia, principalmente na volta dos EUA para o México.

OS DIREITOS HUMANOS DOS IMIGRANTES E EMIGRANTES – PARA ALÉM DO REPRESSIVISMO

As políticas de controle de fluxos migratórios assentadas na lógica referida acima (controle e externalização de fronteiras) tem ocasionado inúmeras violações de Direitos Humanos dos migrantes. Em relação à externalização de fronteiras, Martínez Escamilla (2009, p. 6) destaca as consequências nefastas desse processo:

este encargo a países tan poco respetuosos con los derechos humanos como, por ejemplo, Libia, Marruecos o Mauritania, se viene traduciendo en la reiterada vulneración de derechos humanos por parte de la policía de

estos países, que se concreta en palizas, desvalijamientos e incluso homicidios y todo ello con el silencio cómplice de Europa, que gasta ingentes cantidades de dinero en militarizar las fronteras de estos países para evitar la inmigración pero se desentiende de cuestiones de un humanitarismo básico como facilitar el retorno de los inmigrantes interceptados quienes tienen que volver a sus lugares de origen enfrentando las mismas penalidades, peligros y abusos que sufrieron en su intento de llegar a Europa y ello ahora en un estado físico muy deteriorado y con importantes traumas psicológicos.

Efetivamente, no afã de desempenhar seu papel no controle migratório rumo à Europa, países emissores tem praticado verdadeiras atrocidades contra os migrantes irregulares. Além disso, convém referir que essa tendência de externalização de fronteiras está diretamente relacionada a temores injustificados de “invasões estrangeiras” que tem sido historicamente utilizados por imperadores, reis e líderes de governo para manter a união dos povos, fortalecendo, assim, o seu poder. No entanto, como assinala Baggio (2010, p. 68), a história tem ensinado que “la creación de ‘cinturones de seguridad’ en torno a los imperios, reinos y estados no logró, en última instancia, salvarlos de la ruina. Definitivamente, es más conveniente construir puentes que muros.”

Ademais, os constantes “acidentes” que resultam em morte de imigrantes em áreas de trânsito, marítimas ou terrestres não tem servido para frear e tampouco criar uma atmosfera de desalento entre aqueles que ainda pretendem migrar. Eles apenas colocam em evidência, para além do descaso absoluto para com a tutela dos direitos humanos dos migrantes, a ineficácia das técnicas de mera proibição que tem orientado as políticas

migratórias comunitárias. Além disso, convém salientar que é justamente a dificuldade em aceder ao território comunitário que acaba por, reflexamente, incrementar a criminalidade organizada no que diz respeito ao tráfico de pessoas e, conseqüentemente, drogas.

Paradoxalmente, todo o cerco criado para impedir acaba por incrementar a imigração irregular e, conseqüentemente, os riscos assumidos pelas pessoas que pretendem transpor as fronteiras, podendo-se falar em “una relación directa entre incremento de las dificultades y número de muertes en el intento, lo que hace especialmente patente en la frontera sur de Europa, donde la intensificación del control supuso la búsqueda de travesías alternativas, más largas y más peligrosas.” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009, p. 7).

Outrossim, Baggio (2010, p. 62), ao comentar as diversas formas de “barreiras internalizadas” contra imigração – dentre as quais destaca a questão do estranhamento ínsito à figura do migrante, a discriminação social (individual e também relacionada a determinados grupos de migrantes) e laboral, e até mesmo a discriminação interétnica¹⁰ – assevera que a ideia de que existe uma espécie de “diferença ontológica” entre cidadãos e estrangeiros é utilizada em determinadas circunstâncias para justificar a exploração laboral dos trabalhadores migrantes, por meio da ampliação ilegal da jornada de trabalho, da submissão dos trabalhadores a condições abusivas no ambiente laboral, atrasos de pagamentos, redução de salários, etc. Calavita (2004) menciona, a propósito, a existência de uma espécie de “exército de reserva” de mão de obra constituído pelos imigrantes irregulares, que seria perfeitamente desejável em virtude da ausência de direitos trabalhistas.

¹⁰ Segundo Baggio (2010, p. 61), a partir de estudos realizados na Itália e por meio de sua própria experiência pessoal com diferentes comunidades de migrantes em distintas partes do mundo, é comum o estabelecimento, nos países de destino, de uma discriminação dos imigrantes “recém chegados” em relação aos “mais antigos”: os que chegaram primeiro “reclaman una especie de *ius primi occupantis* (el derecho de quien llega primero) y parecen hacer pagar a los recién llegados el precio de su difícil establecimiento en la sociedad receptora.”

Essa exploração, no caso dos imigrantes em situação irregular, é maior, pois o labirinto de medo e desconfiança em que vivem aumenta sobremaneira a sua vulnerabilidade. Com efeito, os empregos precários, mal-remunerados, em condições ambientais nocivas ou perigosas, etc, não encontram entre os habitantes nativos muitos candidatos – até mesmo porque eles aspiram a condições de trabalho superiores e as defendem por meio de organizações sindicais sabendo que, caso desempregados, irão dispor de subsídios de desemprego estatais –, mas despertam o interesse dos trabalhadores estrangeiros, particularmente aqueles que podem ser expulsos facilmente por meio de simples denúncias.

Com isso, cada vez mais se assiste a um processo de *estrangeirização* do imigrante: ao se negar as possibilidades de que ele seja um migrante “de verdade”, livre em seu projeto migratório, acaba-se por estigmatizá-lo como “diferente” e a considerá-lo apenas como um trabalhador (in)útil para o mercado de trabalho (DE LUCAS, 2003) ou, ainda, uma fonte inescotável de riscos e perigos para a população do país de destino.

CONCLUSÃO

A questão colocada na introdução desse trabalho não tem uma resposta concreta, foi feita uma análise das mudanças que ocorreram e vem ocorrendo no âmbito da regulação das drogas, mas o trabalho comparativo, como o autor vem desenvolvendo, é bem complexo em razão de múltiplos fatores singulares de cada um dos Estados analisados. Não se pode concluir que uma legislação que trouxe resultados positivos em determinada esfera em um país, possa dar o mesmo resultado quando implementada igual em outro.

Na abordagem dos fluxos migratórios, na perspectiva da estereotipização e da etiquetagem generalizada dando uma má imagem aos imigrantes por um lado e, por outro, da imigração ilegal traduzida em tráfico de variadas formas, sendo destacada a figura do “mula”. Analisamos diferentes pontos de vista (inclusive com o “mula” fazendo parte do negócio rentável, sendo vítima ou pessoas em dívida) e podemos talvez concluir que a criminalização

Os fluxos migratórios e os “mulas” na perspectiva

das drogas, de qualquer forma, colabora muito com um arriscado e ganancioso mercado que envolve muitas vidas.

Impõe-se, nesse contexto, uma nova perspectiva para análise do tema da questão da imigração, que pressupõe, primeiramente, a superação da concepção equivocada de que os migrantes são os principais vitimados pela nova ordem mundial e ocupantes por excelência dos “não-lugares” reservados aos excluídos da *multidão* global. Na realidade, essas classes estão incluídas na produção social: “apesar da infinidade de mecanismos de hierarquia e subordinação”, eles “estão constantemente expressando uma enorme força de vida e produção.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 175).

Para que se possa compreender isso, é necessário cambiar as perspectivas de análise do social. Antes de enxergar nos migrantes apenas vítimas e/ou agentes de situações conflituosas e problemáticas, é preciso reconhecê-los como agentes poderosos. Sua exclusão é apenas parcial e quanto mais observarmos suas vidas e atividades, mais constataremos sua enorme força criativa e o quanto fazem parte da produção social. E, cada vez mais incluídos nesses processos de produção social, os migrantes também se tornam parte da *multidão*. Com efeito, a sua inclusão em várias formas de prestação de serviços, seu papel central na economia de diversos países, sua mobilidade em amplas migrações, bem demonstram o quanto esse processo encontra-se avançado em âmbito mundial (HARDT; NEGRI, 2005).

Economicamente, há uma tendência em considerar os migrantes enquanto um mero “exército industrial de reserva”, uma massa de trabalhadores industriais em potencial que se encontram em uma condição temporária de desemprego mas que podem a qualquer momento ser reintegrados à produção ocupando, por exemplo, postos subalternizados que não são preenchidos pelos cidadãos “qualificados”. Esse exército de reserva, então, passa a ser concebido como uma ameaça constante que pende sobre a classe operária existente: em primeiro lugar, porque sua pobreza serve de exemplo assustador para os trabalhadores do que pode eventualmente lhes acontecer; em segundo lugar, porque a oferta excedente de mão-de-obra que essa população representa significa uma redução do custo de mão-de-

obra que acaba, assim, solapando o poder dos trabalhadores em face dos empregadores (por exemplo, servindo como potenciais “fura-greves”).

O ressurgimento dessas velhas teorias sobre o papel negativo desempenhado pelo “exército industrial de reserva” ocorre no contexto da globalização, quando as grandes corporações tiram vantagem sobre enormes diferenças salariais e de condições de trabalho em diferentes países, por meio de uma espécie de “*dumping* trabalhista” que adota a estratégia de deslocamento de empregos pelo mundo afora para baixar seus custos. Nesse contexto,

os operários dos países dominantes vivem constantemente sob a ameaça de que suas fábricas sejam fechadas e seus empregos, exportados. Assim é que o sul global pobre aparece na posição de um exército industrial de reserva, manipulado pelo capital global contra os trabalhadores não só no norte global como também em outras áreas do sul global. (HARDT; NEGRI, 2005, p. 176-177).

Um câmbio de perspectiva na análise da temática requer, então, que os migrantes não mais sejam considerados enquanto integrantes de um exército de reserva e que, por isso, apenas oneram um Estado que cada vez mais se esvai. Pelo contrário, é necessário compreender que, mesmo os desempregados e subempregados contemporâneos são ativos na produção social, sendo que as suas próprias estratégias de sobrevivência diante da escassez e da ausência da tutela estatal exigem uma extraordinária habilidade e criatividade.

Deve-se considerar, também, que a luta dos pobres contra essa condição – o que em grande parte é representado pelos movimentos migratórios – não é apenas uma poderosa arma de protesto, mas sim uma afirmação do seu poder biopolítico,

revelando, assim, um “ser” que é mais poderoso que o “ter”. Se ao longo do século XX os movimentos dos pobres nos países dominantes superaram a fragmentação, o desânimo, a resignação e até mesmo o pânico ocasionado pela pobreza, ao exigir dos governos nacionais a redistribuição da riqueza, hoje esses movimentos são potenciados, assumindo um caráter mais geral e biopolítico, pois colocados em nível global. Suas linguagens se misturam e interagem formando não uma linguagem unificada, mas uma força comum de comunicação e cooperação (HARDT; NEGRI, 2005).

Essa produção de subjetividade e do comum formam, então, juntas, uma relação simbiótica em forma de espiral. Quer dizer, “a subjetividade é produzida através da cooperação e da comunicação, e por sua vez esta subjetividade produzida vem a produzir novas formas de cooperação e comunicação, que por sua vez produzem nova subjetividade, e assim por diante.” E, nessa espiral, “cada movimento sucessivo da produção de subjetividade para a produção do comum é uma inovação que resulta numa realidade mais rica.” Essa realidade mais rica, por sua vez, pode ser compreendida como a formação do corpo da *multidão*, “um tipo fundamentalmente novo de corpo, um corpo comum, um corpo democrático.” (HARDT; NEGRI, 2005, p. 247-248).

Quer dizer: ao contrário do que se afirma majoritariamente, o exemplo dado pelos “excluídos” da sociedade globalizada pode ser compreendido justamente enquanto um importante contributo para a revitalização do tecido societal. A virada paradigmática proposta, então, perpassa pela mudança de compreensão do que “são” os migrantes: antes de qualquer consideração meramente utilitarista, é imprescindível que se desvele a sua dimensão humana. Em última análise, é preciso libertá-los do cumprimento de qualquer tarefa, de modo a permitir a sua existência mesma, mirá-los enquanto “potencialidades”, defendendo, incondicionalmente, seus direitos enquanto seres humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agra, C. da. (2015). Criminology and the Portuguese Experience of Crime. Newsletter of the European Society of

Criminology: Criminology in Europe. 2015/2. Vol. 14. Alemanha, Freiburg: Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law.

- Agra, Recasens et al. (2003). La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto. Atelier.
- Baggio, Fabio (2010). Fronteras nacionales, internalizadas y externalizadas. In: Anguiano, María Eugenia; López Sala, Ana María. Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional. Barcelona: Icaria Editorial. p. 49-73.
- Calavita, Kitty (2004). “Un ejército de reserva de dlincentes”: la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España. Revista española de investigación criminológica, n. 2.
- Comissão Europeia (2013). Compreender as políticas da União Europeia: Migração e asilo. Bruxelas: Direção-Geral da Comunicação.
- De Lucas, Javier (2003). Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración. Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, n. 1.
- Hardt, Michael; Negri, Antonio (2005). Multidão: guerra e democracia na era do Império. Trad. Clóvis Marques. São Paulo: Record.
- Llinares, Fernando Miró (2008). Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. n. 10-05, p. 05:1-05:31.
- López Sala, Ana María; Sánchez, Valeriano Esteban (2010). La nueva arquitectura política del control migratorio em la frontera marítima del suroeste de Europa: los casos de España y Malta. In: Anguiano, María Eugenia; López Sala, Ana María. Migraciones y fronteras: nuevos contornos para la movilidad internacional. Barcelona: Icaria Editorial. p. 75-102.

Os fluxos migratórios e os “mulas” na perspectiva

- Maccoun, Robert J. (1993). Drugs and the Law: A Psychological Analysis of Drug Prohibition. *Psychological Bulletin*, 113, 3, 497-512.
- Malgesini, Graciela; Giménez, Carlos (2000). *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*. Madrid: Catarata.
- Martínez Escamilla, Margarita (2007). *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*. Barcelona: Atelier.
- Martínez Escamilla, Margarita (2008). ¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP em clave de legitimidad. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n. 10-06, p. 06:1-06:20.
- Martínez Escamilla, Margarita (2009). *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta donde estamos dispuestos a llegar?* *Revista Para el Análisis del Derecho*. n. 3, p. 2-45.
- Morice, Alain; Rodier, Claire (2010). Como a Europa segrega seus vizinhos. *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=703>>. Acesso em: 22 dez. 2016.
- Ortmeyer and Quinn. (2012). Coyotes, Migration Duration, and Remittances. *The Journal of Developing Areas*, Volume 46, Number 2, Fall 2012, pp. 185-203. Tennessee State University College of Business.
- Pardo, B. (2014), “Cannabis policy reforms in the Americas: A comparative analysis of Colorado, Washington, and Uruguay”, *International Journal of Drug Policy*, 25, pp. 727-735.
- Pertwee, Roger G. (2014). *Handbook of Cannabis*. New York: Oxford University Press.
- Quintas e Antunes (2015). *Das leis das drogas, seus públicos e seus limites*.
- Ensinamentos de experiências contemporâneas de descriminalização. *Do Crime e do castigo – Temas e debates contemporâneos*. Lisboa: Mundos sociais.

- Salt and Stein (1997). Migration as a Business: The Case of Trafficking. *International Migration*. Vol. 35 (4). Oxford: Blackwell Publishers Ltd.
- Santiago, Jaime Ruiz (2010). Movimientos migratórios y movimientos forzados de personas en el mundo contemporáneo. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Vol. 10, num. 10, p. 121-148.
- Interactive Map: International Drug Policy Developments of 2016. *Talking Drugs*. Disponível em <<http://www.talkingdrugs.org/interactive-map-of-2016-drug-policy>>. Acesso em 28.dez.2016.
- World Health Organization (2016). The health and social effects of nonmedical cannabis use. Disponível em <http://www.who.int/substance_abuse/publications/msbcannabis.pdf?ua=1>. Acesso em 20.dez.2016.

CAPÍTULO XIX

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais: instrumentos tributários para as cidades sustentáveis no Brasil

CAROLINA MERIDA¹

RENATA DE ALMEIDA MONTEIRO²

Universidade de Rio Verde/GO (Brasil)

INTRODUÇÃO

O direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, apto a abrigar de maneira sustentável as gerações presentes e futuras, possui natureza de direito humano fundamental, assegurado, no Brasil, pelo disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, além de consagrado em diversos diplomas internacionais; dentre os quais, merece destaque a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, por seu pioneirismo.

Ocorre que fatores como o incremento populacional, a aceleração do processo de urbanização, o crescimento econômico, o advento de novas tecnologias e o consumismo desenfreado, ocorridos nas últimas décadas, desacompanhados da adoção de medidas efetivas de sustentabilidade, resultaram no surgimento de incontáveis problemas ambientais, tais como o desmatamento de

¹ Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo e em Direito Público pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO e Procuradora do Município de Rio Verde/GO

² Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO e Advogada.

florestas, a redução da biodiversidade, a poluição da água e do ar, crises hídricas e energéticas, a degradação do solo; além de contribuir, sob o ponto de vista holístico, para o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio.

Nesse contexto, a procura por soluções alternativas aos mecanismos convencionais de proteção ambiental e de ordenação sustentável das cidades é uma preocupação que ocupa não somente a agenda das principais organizações internacionais multilaterais, como também dos governos internos e da sociedade civil em geral, posto que com a globalização, as relações entre os fenômenos que ocorrem no interior dos Estados e os extraestatais são cada vez mais constantes, profundas, complexas e interdependentes.

Assim, ao despertar para a necessidade de melhor gestão ambiental e planejamento adequado da ocupação das áreas urbanas, o homem passa a enfrentar o desafio pela busca de ações multidisciplinares que promovam o desenvolvimento sustentável. Entre esses mecanismos, está a construção jurídica de políticas fiscais que gerem, em seu fim, a proteção do meio ambiente.³

A partir de tais considerações, o presente artigo dedica-se a discutir a importância da utilização de instrumentos tributários para a consecução de cidades sustentáveis, pautando-se na análise da legislação brasileira que regulamenta os institutos envolvidos na discussão,

bem como a demonstrar que a inserção da proteção ambiental nas políticas fiscais dos países pode contribuir para a efetivação do direito humano fundamental ao desenvolvimento sustentável e para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas, em especial do Objetivo 11 - “Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”⁴.⁵

3 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005.

4 Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis

11.1 Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas

11.2 Até 2030, proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos

11.3 Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países

11.4 Fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo

11.5 Até 2030, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade

11.6 Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros

11.7 Até 2030, proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência

11.a Apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento

11.b Até 2020, aumentar substancialmente o número de cidades e assentamentos humanos adotando e implementando políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a resiliência a desastres; e desenvolver e implementar, de acordo com o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, o gerenciamento holístico do risco de desastres em todos os níveis

11.c Apoiar os países menos desenvolvidos, inclusive por meio de assistência técnica e financeira, para construções sustentáveis e resilientes, utilizando materiais locais

DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

A crise do meio ambiente, no século XX, assim como a complexidade e universalidade dos problemas ecológicos emergentes, guiam a humanidade na direção da criação de instrumentos nacionais e internacionais capazes de assegurar a sustentabilidade em suas diversas dimensões.

No que respeita às dimensões da sustentabilidade, Sachs⁶ as enumera da seguinte forma, frisando que devem ser consideradas em seu conjunto:

1. Social: que se refere ao “alcance de um patamar razoável de homogeneidade social”; à “distribuição de renda justa”; ao “emprego pleno e/ou autônomo com qualidade de vida decente” e à “igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais”.

2. Cultural: relativas a “mudanças no interior da continuidade (equilíbrio entre respeito à tradição e inovação); capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno (em oposição às cópias servis dos modelos alienígenas)” e “autoconfiança combinada com abertura para o mundo”.

3. Ecológica: relacionada à “preservação do potencial do capital natural na sua produção de recursos renováveis” e à limitação “do uso dos recursos não renováveis”.

4. Ambiental: trata-se de “respeitar e realçar a capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais”.

5. Territorial: atinente a “configurações urbanas e rurais balanceadas (eliminação das inclinações urbanas nas alocações do investimento público); melhoria do ambiente urbano; superação das disparidades inter-regionais” e a “estratégias de desenvolvimento ambientalmente seguras para áreas ecologicamente frágeis (conservação da biodiversidade pelo ecodesenvolvimento)”.

6. Econômica: que inclui “desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado; segurança alimentar; capacidade de modernização contínua dos instrumentos de produção; razoável

6 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 85-88.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

nível de autonomia na pesquisa científica e tecnológica” e “inserção soberana na economia internacional”.

7. Política (nacional): relativa a “democracia definida em termos de apropriação universal dos direitos humanos; desenvolvimento da capacidade do Estado para implementar o projeto nacional, em parceria com todos os empreendedores” e “um nível razoável de coesão social”.

8. Política (internacional): baseada na “eficácia do sistema de prevenção de guerras da ONU, na garantia da paz e na promoção da cooperação internacional”; num “Pacote Norte-Sul de co-desenvolvimento, baseado no princípio da igualdade (regras do jogo e compartilhamento da responsabilidade de favorecimento do parceiro mais fraco)”; nos controles institucionais efetivos “do sistema internacional financeiro e de negócios” e “da aplicação do Princípio da Precaução na gestão do meio ambiente e dos recursos naturais, da prevenção das mudanças globais negativas, da proteção da diversidade biológica (e cultural), e da gestão do patrimônio global, como herança comum da humanidade” e num “sistema efetivo de cooperação científica e tecnológica internacional e eliminação parcial do caráter de *commodity* da ciência e tecnologia, também como propriedade da herança comum da humanidade”.

Portanto, para que a sustentabilidade seja alcançada, exige-se a ação articulada e cooperativa entre os diversos atores envolvidos – Estados, organizações internacionais governamentais e não-governamentais, comunidade acadêmica e sociedade, que Freitas⁷ denomina por “Agenda da Sustentabilidade”, a qual deve ser convergente com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU⁸ e com o Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas.

7 FREITAS, Juez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 93.

8 O papel da Organização das Nações Unidas, na qualidade de principal organização internacional intergovernamental da atualidade, se mostrou (e permanece) de fundamental importância na evolução da tutela internacional do meio ambiente, seja em função da criação de comissões especializadas, quer por meio de resoluções adotadas no âmbito da Assembleia Geral da ONU ou por

Entre as diversas medidas propostas pelo referido autor para compor a “Agenda da Sustentabilidade”, merece destaque, para os propósitos do presente estudo, a adoção de uma “tributação corretiva (sem finalidade arrecadatória), a par de incentivos fiscais destinados a projetos comprovadamente sustentáveis”⁹.

Entretanto, a fim de melhor sistematizar o desenvolvimento do texto, cumpre iniciarmos a análise do tema proposto a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988, que tornou-se marco histórico na proteção constitucional ambiental no Brasil, com vistas a se examinar, de um lado, a proteção dedicada ao meio ambiente e, de outro lado, como é contemplada a ordem econômica. Somente então é possível se verificar a possibilidade de uso da tributação como meio de intervenção na economia em favor do desenvolvimento sustentável e a possibilidade desta atuação na esfera municipal.

Coadunando com esta busca, cumpre salientar que o artigo 3º da Lei Fundamental tupiniquim elenca, dentre seus objetivos fundamentais, a garantia de desenvolvimento nacional. Tem-se, então, que o desenvolvimento nacional deve ser buscado paralelamente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com menos desigualdades sociais, onde se promova o bem de todos.

Adicionalmente, impende consignar que a ordem econômica brasileira está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, ao buscar assegurar a existência digna para todos, conforme os ditames da justiça social. Devem ser igualmente observados, dentre outros, os princípios da defesa do

fomentar a realização de conferências internacionais, em especial sobre meio ambiente e desenvolvimento.

9 FREITAS, Juez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 19.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

meio ambiente, da função social da propriedade, da proteção do consumidor, conforme reza o artigo 170 da Constituição¹⁰.

A defesa do meio ambiente, assim, passa obrigatoriamente a compor a agenda econômica pública e privada e, ainda, a se integrar com o desenvolvimento nacional. Por consequência, o conceito de desenvolvimento sustentável mostra-se presente de maneira implícita por meio da combinação dos artigos 3º e 170 da Constituição¹¹.

Se o Estado é o responsável pela garantia dos princípios traçados pelo art. 170 da Constituição, é dele, também, a responsabilidade de intervir na economia para induzir ao comportamento de proteção ambiental, ao passar a garantir que o desenvolvimento econômico se dê dentro de níveis aceitáveis de proteção ambiental, como também estabelece a Constituição em seu art. 225¹².

Outrossim, por meio do supracitado dispositivo constitucional, conferiu-se nova dimensão ao conceito de meio ambiente como bem de uso comum do povo, e não de propriedade do Poder Público, alçando-o à condição de direito fundamental; bem como resultou na inserção da função ambiental da propriedade¹³.

10 AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

11 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

12 RIBEIRO, Maria de Fatima; MAIDANA, Ana Paula Duarte Ferreira. **A Constitucionalidade da Tributação Extrafiscal Sócio-ambiental: Reflexos na intervenção da Ordem Econômica e Social**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10523&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 03 de outubro de 2013.

13 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Na análise sistêmica dos arts. 3º, 170 e 225 da Constituição, Ribeiro e Ferreira¹⁴ justificam:

O artigo 3º da Constituição Federal, através do inciso II, assegura que o Estado deve garantir o desenvolvimento. E ao garantir o desenvolvimento, deve o Estado promover a combinação de crescimento econômico com as condições básicas de vida, dentre as quais a alimentação, a saúde e preservação ambiental. Referido dispositivo deve ser analisado à luz dos artigos 170 e 225 da Carta Constitucional.

Assim, o conceito jurídico de desenvolvimento pode ser entendido como sendo o princípio que informa as demais regras do ordenamento jurídico, no sentido de orientá-las à efetivação dos direitos sociais, os quais encontram sua base nas necessidades públicas.

Desse modo, o Estado fica legitimado a intervir na economia sempre que a proteção ambiental não estiver sendo atendida no desenvolvimento de determinada atividade econômica.

A intervenção do Estado na economia pode ocorrer com o intuito arrecadatório ou desonerativo, de modo que a intervenção estatal estimule ou não determinadas atividades econômicas. A arrecadação tributária, portanto, não reflete tão somente as fontes de riqueza do Estado, mas se apresenta

14 RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA Jussara S. Assis Borges Nasser. In TÓRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 656.

também como elemento regulador das atividades econômicas e sociais¹⁵.

A extrafiscalidade ocorre quando o emprego dos tributos tem objetivos que ultrapassam a esfera meramente arrecadatória, ou seja, o Estado se utiliza dos instrumentos tributários para alcançar finalidades regulatórias de condutas sociais, em matéria econômica, política, social ou ambiental¹⁶.

Os parâmetros e valores traçados pelo art. 170 da Constituição conferem o verdadeiro conteúdo do caráter extrafiscal dos tributos. Com base nesta extrafiscalidade, o legislador cria reduções de alíquotas, benefícios fiscais e incentivos às atividades econômicas, além de ser o fundamento constitucional para a intervenção na economia por meio de medidas tributárias.

Deve-se, assim, incentivar as atividades econômicas menos impactantes, por meio de instrumentos tributários e econômicos, e desestimular as potencialmente causadoras de significativo impacto ambiental, como forma de reorientar as condutas dos agentes econômicos a adotarem tecnologias limpas em seus processos de produção.

Ao agir dessa maneira, os custos sociais com a poluição ambiental serão reduzidos e o nível de bem-estar coletivo aumentará, promovendo-se o desenvolvimento sustentável.

Na busca de mecanismos para o alcance da proteção ambiental por meio da intervenção na economia, encontram-se os tributos, que, conforme alerta Tôrres¹⁷ “para alguns, isso seria

15 RIBEIRO, Maria de Fatima; MAIDANA, Ana Paula Duarte Ferreira. **A Constitucionalidade da Tributação Extrafiscal Sócio-ambiental: Reflexos na intervenção da Ordem Econômica e Social.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10523&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 03 de outubro de 2013.

16 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Malheiros. 2005.

17 TÔRRES, Heleno Taveira. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Malheiros. 2005, p. 105.

suficiente para a criação de impostos ecológicos, na medida do quanto possa justificar uma medida do tipo “princípio do poluidor pagador”, posto ser esse um “dever” da coletividade, i.e., de colaborar com a preservação do meio ambiente, inclusive pagando tributos”.

A advertência quanto à criação de imposto ecológico vem da construção feita pelo Princípio do Poluidor Pagador previsto pelo Princípio 16 da Declaração do Rio/92, que determinou a necessidade de internalização dos custos socioambientais, conforme segue¹⁸:

Princípio 16

As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

A criação de impostos ecológicos se mostra infundada no direito brasileiro, ante os limites constitucionais tributários, que vedam a vinculação de receitas arrecadadas a órgão, fundo ou despesa. A proibição de vinculação de receitas auferidas com impostos somente é autorizada nos casos de: i) repartição de receitas tributárias entre os entes federativos; ii) destinação para saúde, ensino ou atividades da administração tributária; iii) e prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita (art. 167, IV, CF).

Assim, impossível a aplicação do Princípio do Poluidor Pagador na instituição de impostos no Brasil; já que este impõe

18 ONU. **Rio + 20**. Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. 2012. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/alem-da-rio20-avancando-rumo-a-um-futuro-sustentavel/>> Acesso em 12 de fevereiro de 2014.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

como requisito o uso do valor arrecadado na prevenção e recuperação de áreas degradadas¹⁹.

Já no Direito espanhol, por exemplo, o Princípio do Poluidor Pagador encontra guarida quando interpretado à luz do princípio da capacidade contributiva. A medida se justifica para que os gastos públicos com a proteção do meio ambiente sejam cobertos por meio da arrecadação dos tributos ambientais. Neste sentido são as palavras de Taboada²⁰:

El punto de contacto entre ambos principios es que los dos sirven de justificación a tributos: el de capacidad económica a los tributos fiscales; el de “quien contamina paga” a los tributos ambientales. Aquellos tienen su fundamento jurídico en la necesidad de cubrir los gastos públicos, éstos en la finalidad de proteger el medio ambiente. Cada una de estas finalidades es suficiente para legitimar constitucionalmente la respectiva clase de tributos; por ello no es necesario integrar el principio “quien contamina paga” en el de capacidad económica considerando la actividad contaminante como una manifestación o índice de esta capacidad. Tal integración, además de dogmáticamente innecesaria, solo puede hacerse a costa de deformar el significado de la capacidad económica, que no es otro que el de capacidad de pagar tributos.

19 TÔRRES, Heleno Taveira. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

20 TABOADA, Carlos Palao. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 94.

Pelo entendimento consagrado no exterior, há uma relação entre despesas com o meio ambiente e receitas geradas por meio dos tributos e, pelo princípio da capacidade contributiva, haveria, segundo Tórres²¹, “o dever de todos a contribuir para a despesa pública, motivação suficiente para permitir o dever de contribuir do particular”. Contudo, tal posicionamento carece de bases jurídicas no Brasil.

Entre nós, o emprego do Princípio do Poluidor Pagador é possível na órbita de cobrança de multas por órgãos de proteção ambiental, na aplicação de penalidades criminais por crimes ambientais cometidos, ou mesmo em sede de ações civis ambientais que busquem a reparação do dano, mas não na tributação brasileira.

Ao serem tecidos os esclarecimentos e críticas pertinentes a esta construção tributária em torno do Princípio do Poluidor Pagador, tem-se, de início, que tal interpretação poderia legitimar práticas poluidoras e danosas ao meio ambiente, pelo simples fato de que o poluidor estaria arcando com o custo respectivo.

Todavia, nada impede que a internalização dos custos ambientais se dê pelo mecanismo da extrafiscalidade - meio indutor de determinado comportamento econômico.

Note-se, sob outro prisma, que o destino do produto arrecadado não poderia servir de critério para diferenciar as espécies tributárias no Brasil. Por força do artigo 4º do Código Tributário Nacional²², não é a destinação das receitas que irá justificar a natureza jurídica do tributo como sendo imposto, taxa ou contribuição. Mas, de início, esta análise passa pela classificação das espécies tributárias.

Segundo entendimento doutrinário dominante, defende-se a existência de cinco espécies tributárias, à luz da intitulada teoria pentapartida ou quinquipartida. Esta teoria baseia-se na distribuição dos tributos em impostos, taxas, contribuições de

21 TÓRRES, Heleno Taveira. In TÓRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 105.

22 BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 de dezembro de 2016.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições, sendo esta a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Contudo, na órbita municipal, as espécies tributárias que seriam passíveis de instituição e cobrança em prol do desenvolvimento sustentável, seriam os impostos, as contribuições de melhoria e os incentivos fiscais dada a limitação legislativa constitucional.

Para os fins deste artigo, faz-se mister analisarmos, ainda, as normas brasileiras que regulamentam o ordenamento das cidades, destacando-se o exame dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal (Capítulo II - Da Política Urbana Capítulo, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), do Estatuto das Cidades e Códigos Tributários Municipais.

A Constituição Federal, em seu artigo 182, §1º, determina que o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e, o Estatuto da Cidade, ao regulamentar a elaboração desse plano, deixa de tratar sobre o planejamento de áreas verdes urbanas, áreas urbanas a serem reflorestadas e da tributação como instrumento voltado ao desenvolvimento sustentável na órbita municipal.

No Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) verificam-se, de um lado, diretrizes gerais amoldadas à preservação, proteção e recuperação do meio ambiente natural e construído e, de outro lado, instrumentos passíveis de utilização para o alcance das diretrizes gerais, dentre os quais, o Plano Diretor.

Entre as diretrizes gerais da política urbana preconizadas pelo Estatuto da Cidade, destaca-se o direito a cidades sustentáveis, consoante estabelece o artigo 2º, inciso I do referido diploma legal²³:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

23 BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outra providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

I – **garantia do direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (sem grifos no original)

No tocante ao Plano Diretor de cada município, deverá atender minimamente ao disposto no artigo 42 da Lei nº 10.257/2001²⁴, que determina:

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infraestrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei;

II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;

III – sistema de acompanhamento e controle.

Quanto aos instrumentos tributários e financeiros de política urbana, o art. 4º, inciso IV, da Lei nº 10.257/2001, arrola o IPTU (Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana), um dos impostos passíveis de instituição no Brasil pelos Municípios; a contribuição de melhoria, de competência dos Municípios e demais entes federativos; e os incentivos e benefícios fiscais e financeiros. O art. 47, por sua vez, determina que tributos e tarifas devem ser diferenciados em razão do interesse social, mas

24 BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outra providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

não há a previsão de diferenciação em razão da função ambiental da propriedade urbana.

Assim, se o Estatuto da Cidade como regramento geral a ser seguido pelos Municípios não ordena que áreas verdes sejam mantidas, preservadas ou recuperadas, nem impede que a tributação seja utilizada como instrumento voltado ao desenvolvimento sustentável, tais preceitos passam a ser facultativos e incluídos no âmbito dos “interesses locais”.

Fica, portanto, a critério de cada Município estabelecer a forma como irá utilizar de sua competência legislativa em matéria tributária através da extrafiscalidade para incentivar os proprietários de imóveis a adotarem comportamentos sociais que se afinem com os objetivos de sua política urbana²⁵.

No âmbito de atuação dos Municípios, a Constituição Federal previu o uso da extrafiscalidade como mecanismo voltado ao cumprimento da função social da propriedade urbana (mas não da função ambiental da propriedade urbana), forte no art. 182, §4º, II, que autoriza a instituição do IPTU progressivo no tempo, como meio de punir o proprietário que não a justificarem os princípios já arrolados pelos artigos 3º promova o adequado cumprimento da função social da propriedade.

Apesar da possibilidade de uso da progressividade do IPTU no tempo como mecanismo para coibir o não cumprimento da função social da propriedade urbana, não há previsão, seja na ordem constitucional, seja no regramento geral das cidades, que determine o cumprimento da função ambiental da propriedade urbana.

Logo, quando a Lei nº 10.257/2001 destaca a utilização de instrumento tributários e financeiros, isto deve ser entendido como um contraponto à progressividade do IPTU, podendo o município munir-se do aumento ou da diminuição tributária como

25 COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implantação da Política Urbana. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

um instrumento de atuação urbanística²⁶. Somado a isso, os artigos 3º, 170 e 225, todos da Constituição Federal, reforçam tal premissa de intervenção estatal na economia em prol do desenvolvimento sustentável.

Atualmente, a referida atuação estatal tem-se revelado por meio do denominado “IPTU Verde”, que repousa no incentivo tributário consistente na redução de alíquotas ou na concessão de isenções, desde que atendidas práticas sustentáveis na ocupação urbana das cidades pelos municípios/contribuintes. Nesse sentido, Dantas, Ferrúa, Freitas, Schmitt e Souza²⁷ destacam que:

Um ótimo exemplo dessa política é o chamado IPTU Verde, ou IPTU Ecológico, que vem sendo implantado em diversos Municípios do país. Essa política se traduz em uma medida que concede descontos no imposto aos projetos que contemplem construções que adotem técnicas ou materiais mais sustentáveis ou até mesmo aos particulares que de alguma maneira contribuam para a redução dos impactos ambientais.

O “IPTU Verde” é atualmente referenciado por 23 (vinte e três) Municípios, quais sejam: São Bernardo do Campo - SP; Ubatuba - SP; Tietê - SP; Guarulhos - SP; São Carlos - SP; Barretos - SP; Campos do Jordão - SP; Americana - SP; Araraquara - SP; Sorocaba - SP; São Vicente - SP; Valinhos- SP; Rio de Janeiro - RJ; Seropédica - RJ; Ipatinga - MG; Araxá - RJ;

26 DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

27 DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Guilherme Berger. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). 2015, p. 33. Disponível em: <http://cbic.org.br/print/22467>. Acesso em: 09/10/2016.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

Salvador - BA; Goiânia - GO; Curitiba - PR; Campo Largo - PR; Lajeado - RS; Florianópolis - SC; e Camboriú - SC²⁸.

De uma maneira geral, essas leis preveem a possibilidade de concessão de benefícios fiscais aos proprietários que mantenham algum tipo de vegetação em seu imóvel; que adotem tecnologias sustentáveis na edificação; ou que pratiquem ações tendentes a reduzir rejeitos sólidos.

Quanto aos benefícios fiscais concedidos pela manutenção de área verde no imóvel, por seu turno, destacam-se a Lei nº 6.091/2010 de São Bernardo do Campo, Estado de São Paulo, que concede desconto de até 80% para as propriedades recobertas por vegetação, sendo que o abatimento é proporcional à área verde do imóvel; e a Lei nº 3.087/2009, de Tietê, Estado de São Paulo, que concede reduções que variam entre 22 e 100% do IPTU aos proprietários de imóveis que possuam cobertura florestal no terreno.

Ademais, no que tange à adoção de tecnologias sustentáveis, citem-se os Municípios de Ubatuba – SP (Lei nº 3.501/2012, art. 1º e 2º) e Ipatinga – MG (Lei nº 2.646/2009, art. 5º), que autorizam redução do IPTU para contribuintes que utilizam tecnologias sustentáveis no edifício e/ou que mantenham área permeável no lote, dentre outras ações. Ganha destaque também o município de Guarulhos - SP, que através da Lei nº 6.793/2011, definiu como critérios para redução do IPTU metodologia que inclui, dentre outros: critérios de acessibilidade nas calçadas; arborização; construção de áreas permeáveis; sistemas de captação e reutilização de água; uso de sistema de aquecimento hidráulico solar; edificação com materiais sustentáveis; utilização de mecanismos alternativos de produção de energia; adoção de vegetação em cima de telhados (telhado vivo ou ecotelhado); e, para condomínios horizontais e verticais, estabelece critérios de benefício na separação de resíduos sólidos e

28 DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Guilherme Berger. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). 2015, p. 33. Disponível em: <http://cbic.org.br/print/22467>. Acesso em: 09/10/2016.

manutenção de áreas verdes. Cada medida implementada garante ao proprietário descontos do IPTU que variam entre 2 e 20%.

Por fim, no tocante à implementação de mecanismos voltados à redução e tratamento de resíduos sólidos, o Município de Barretos concede desconto de até 10% no IPTU²⁹, desde que os contribuintes dos imóveis beneficiários participem da coleta seletiva de materiais recicláveis por meio do programa “Lixo que não é lixo”, em empreendimentos residenciais/comerciais e naqueles prestadores de serviços industriais ou de uso misto do município. Além disso, ainda prevê a manutenção de horta que ocupe, no mínimo, 60% (sessenta por cento) da área total do terreno não edificado, bem como o plantio de, ao menos uma árvore na calçada, devendo o terreno ser mantido sempre limpo e roçado.

CONCLUSÕES

O desenvolvimento deste trabalho levou à conclusão de que a instituição do denominado “IPTU Verde”, baseado no mecanismo da extrafiscalidade tributária (tributação sem finalidade arrecadatória) e consistente na concessão de incentivo tributário/redução das alíquotas do Imposto Predial Territorial Urbano nos Municípios brasileiros citados, desde que atendidas práticas sustentáveis na ocupação urbana das cidades pelos municípios/contribuintes, pode contribuir para uma melhor qualidade de vida nas áreas urbanas.

Em que pese somem um tímido total de 23 (vinte e três) Municípios, se considerado o universo de 5.561 (cinco mil quinhentos e sessenta e um) cidades existentes no Brasil, a iniciativa revela promissora contribuição municipal para a preservação ambiental e o atendimento da “Agenda da Sustentabilidade”.

Acredita-se que uma das maneiras de potencialização da quantidade de cidades sustentáveis no Brasil seria a previsão, no

29 BARRETOS. **Lei Complementar nº 122, de 18 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o desconto de 10% no Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, ao contribuinte que fizer adesão ao programa “Município Verde”. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/aigdm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

Estatuto da Cidade (norma que estabelece as diretrizes gerais da política urbana no Brasil), da obrigatoriedade de adoção, por todos os municípios brasileiros, de critérios sustentáveis na tributação de imóveis situados em suas respectivas áreas urbanas.

Por fim, sob um prisma mais ambicioso, não se pode ignorar que o exemplo aqui trazido é digno de ser revelado como uma possibilidade de aplicação no âmbito de outros países, respeitadas as limitações legislativas e a soberania de cada Estado-Nação, posto que a inserção da proteção ambiental nas políticas fiscais dos países pode colaborar para a efetivação do direito humano fundamental ao desenvolvimento sustentável e para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARRETOS. **Lei Complementar nº 122, de 18 de dezembro de 2009**. Dispõe sobre o desconto de 10% no Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, ao contribuinte que fizer adesão ao programa “Município Verde”. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/aigdm>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 07 de dezembro de 2016.
- BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outra providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.
- COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implantação da Política Urbana. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.

- DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da Política Urbana. In DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coords.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei 10.257/2001). São Paulo: Malheiros. 2014.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRÚA, Luiz; FREITAS, Maurício Dupont Gomes de; SCHMITT, Guilherme Berger; SOUZA, Guilherme Berger. **Mapeamento de Incentivos Econômicos para a Construção Sustentável**. Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). 2015. Disponível em: <http://cbic.org.br/print/22467>. Acesso em: 09/10/2016
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GUARULHOS. **Lei nº 6.793, de 28 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre o lançamento, arrecadação e fiscalização do Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/06793lei.pdf>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.
- IPATINGA. **Lei nº 2.646, de 21 de dezembro de 2009**. Cria o Programa IPTU Verde e Autoriza a Concessão de Desconto no Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU como Incentivo ao Uso de Tecnologias Ambientais Sustentáveis. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/fqabp>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.
- LUKIC, Melina Rocha. **Instrumentos Jurídicos para a Implementação do Desenvolvimento Sustentável**. Fundação Getúlio Vargas, 2012. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Mio%20Revisado%20e%20Diagramado%20Com%20marcas%200.pdf>> Acesso em 22 de outubro 2013.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015.

A inserção da proteção ao meio ambiente nas políticas fiscais...

- ONU. **Rio + 20**. Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. 2012. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/alem-da-rio20-avancando-rumo-a-um-futuro-sustentavel/>> Acesso em 12 de fevereiro de 2014.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. In TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Contribuição ao estudo das sanções desde a perspectiva do Estado Democrático de Direito. In ROCHA Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- RIBEIRO, Maria de Fátima; FERREIRA Jussara S. Assis Borges Nasser. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005.
- RIBEIRO, Maria de Fatima; MAIDANA, Ana Paula Duarte Ferreira. **A Constitucionalidade da Tributação Extrafiscal Sócio-ambiental: Reflexos na intervenção da Ordem Econômica e Social**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10523&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 03 de outubro de 2013.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SÃO BERNARDO DO CAMPO. **Lei nº 6.091 de 9 de dezembro de 2010**. Disciplina a concessão de benefício fiscal aos imóveis com área de cobertura vegetal ou destinados à produção hortifrutigranjeira, e dá outras providências.
Disponível em: <<http://leismunicipa.is/cqpes>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.
- TABOADA, Carlos Palao. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros. 2005.

- TIETÊ. **Lei nº 3087 de 28 de agosto de 2009.** Autoriza o poder executivo a instituir o projeto de preservação ambiental no município de Tietê "IPTU VERDE", conceder redução do IPTU na forma que especifica e dá outras providências. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/tpdik>>. Acesso em: 06 de novembro de 2016.
- TÔRRES, Heleno Taveira. In TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito Tributário Ambiental.** São Paulo: Malheiros. 2005.
- UBATUBA. **Lei nº 3.501, de 19 de março de 2012.** Autoriza o Executivo a estabelecer critérios para a implantação do IPTU Verde no Município de Ubatuba. Disponível em: <http://www.camaraubatuba.sp.gov.br/documentos/leis/2012/l_3501_2012.pdf> . Acesso em: 06 de novembro de 2016.

El caso apple y la necesidad de normas específicas de competencia en el ámbito de la Unión Europea

JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO¹

GABRIELA COSTA E SILVA²

Universidade Federal da Bahia (Brasil)

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene por intención versar sobre una cuestión práctica de significancia en la rama del derecho de la competencia y regulación del mercado, trayendo al estudio aspectos relacionados a una reciente decisión de la Comisión europea que obliga a Irlanda el cobro de impuestos no pagos por la multinacional Apple al largo de varios años en este país, lo que ocasionó, en reflejo, ventajas económicas selectivas a la empresa en detrimento de sus competidores en el continente europeo.

Se van analizar entonces, los contornos jurídicos de esta decisión, una vez que las partes afectadas no se ponen de acuerdo cuanto a la corrección y validez de esta imposición. Así es que, en el primer tópico se va discurrir sobre los contornos facticos del caso concreto, la relación tributaria establecida entre Irlanda y las sucursales de Apple en este país, mencionándose, incluso, que la actitud considerada ilegal por el órgano regional ocurrió con la connivencia del gobierno irlandés y sus leyes tributarias.

¹ Doctor en Derecho Público por la Universidad Federal de Bahía, Profesor de la Universidad Federal de Bahía

² Maestranda en Derecho Público por la Universidad Federal de Bahía, Profesor de la Universidad Federal de Bahía

La crítica, entonces, gira en torno al supuesto conflicto entre, de un lado, la legislación nacional y la soberanía de Irlanda; y de otro lado, las normas de integración de la Unión Europea y la legitimidad de sus órganos de control y aplicación normativa presentados en este caso por la figura de la Comisión Europea.

Con estos presupuestos, entonces, se podrá explayarse sobre los efectos prácticos de esta decisión y de la repercusión de la conducta sobre los actores sociales del Estado, de la Unión Europea, de la incorporación Apple y de sus concurrentes en el mercado común europeo, sin olvidarse, naturalmente, de las repercusiones del caso junto a los consumidores de los productos de la empresa, siendo presentadas, pues, las conclusiones a las cuales se llegaron después del establecimiento de este raciocinio.

2. CONTEXTO JURÍDICO

En 30 de agosto de 2016 la Comisión Europea, órgano ejecutivo de la Unión Europea, concluyó en el SA.38373³ que la corporación americana Apple se benefició indebidamente de ayudas fiscales concedidas por Irlanda durante años a sus sucursales en el país. Por consiguiente, impuso a la empresa que recuperase al Estado irlandés el valor de 13 billones de euros, incrementado con intereses, por la práctica considerada ilegal por el parámetro de las normas sobre ayudas estatales de la UE.

En el comunicado de prensa emitido por la Comisión⁴, la Comisaria Margrethe Vestager, responsable por la política de Competencia en el órgano, declaró que:

La investigación de la Comisión ha permitido concluir que Irlanda concedió a Apple **ventajas fiscales ilegales** que le permitieron pagar, a lo largo de varios años, un importe en concepto de impuestos considerablemente inferior al de otras

3

<http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373>

4 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm>

empresas. En efecto, en virtud de este **tratamiento selectivo**, Apple consiguió pagar un tipo efectivo del impuesto sobre sociedades del 1% sobre los beneficios generados en Europa en 2003 y que se redujo hasta el 0,005 % en 2014.

La decisión, por supuesto, repercutió no sólo en la multinacional afectada pero también en el país en el cual se concedió el beneficio fiscal. Así es que, tanto Apple, cuanto Irlanda, rechazaron públicamente la posición de la CE: la primera argumentó que nada debía por pagar todos los impuestos debidos en todos los países en los cuales se ubica, mientras la segunda añadió que la decisión obstaculizará las inversiones del grupo en el país, subrayando que Apple es uno de los mayores empleadores del sector privado en Irlanda, poseyendo 5,5 mil trabajadores sólo en este país⁵.

Por estos motivos, ya en noviembre de 2016, el Estado Irlandés recurrió de la decisión en el Tribunal de Justicia Europeo por medio del caso T-778/16⁶. La apelación manejada, por su vez, es reflejo de las numerosas repercusiones jurídicas que surgen desde este caso concreto y en el contexto europeo de integración.

Al sesgo objetivo, por ejemplo, hay la percepción de la existencia de un aparente conflicto normativo inter-espacial, estando de un lado la legislación tributaria de Irlanda y de otro las normas de ayuda estatal de la Unión Europea, esta última calificada como el fundamento jurídico de la decisión de la CE.

Tal conflicto revela la necesidad de analizar en primer lugar si hay relación de jerarquía entre los diplomas normativos confrontados, y en caso afirmativo, si la decisión tomada es

⁵ <<http://www.valor.com.br/empresas/4692239/apple-deve-pagar-13-bilhoes-de-euros-em-impostos-irlanda-diz-ue>>

⁶ <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=en&nat=or&coq=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=T-778%252F16&td=%3BALL.&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=378631>>

legítima en términos de posibilidad de aplicación del reglamento regional por la Comisión Europea, que es un órgano de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

Por ello es que se discurrirá primeramente sobre los aspectos materiales y objetivos de la decisión en este primer tópico del artículo, para después se señalar los aspectos subjetivos de la decisión, cuáles sean, el cuestionamiento de violación de soberanía de Irlanda y la legitimidad de la Comisión Europea para adoptar el posicionamiento *sub oculis*. Sólo después de estas etapas, se podrá discutir sobre los efectos prácticos de la decisión y su corrección, o no, ante los argumentos suscitados.

2.1. LA RELACIÓN TRIBUTARIA ENTRE IRLANDA Y APPLE

Según las razones expuestas por la Comisión Europea en su decisión final sobre el caso⁷, dos resoluciones fiscales de los años 1991 y 2007 emitidas por Irlanda, conteniendo el método de determinación del ingreso neto de la empresa en acuerdo con Apple, fueran responsables por reducir el montante de impuestos pagos por dos sociedades mercantiles de esta corporación ubicadas en el dicho país: la Apple Sales International (ASI), responsable por las ventas de los productos Apple en Europa y la Apple Operations Europe (AOE), encargada de la fabricación de ordenadores para el grupo.

A pesar de incorporadas en Irlanda, las dos compañías no se consideraban con domicilio fiscal en este país en virtud de encuadrarse en la condición de “compañía relevante con actividad comercial en Irlanda, pero administración controlada fuera del país” en los términos de la Sección 23A, ii de La Ley de Consolidación Fiscal irlandesa de 1997⁸. La exención, con todo, no exigía que la compañía tuviese domicilio fiscal o fuera tributada en otra jurisdicción que no fuera Irlanda.

En provecho a esta excepción, las dos sociedades irlandesas de Apple formalmente se subordinaran a una

7

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_666_2.pdf

8 <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1997/act/39/enacted/en/html>>

“administración central” que no poseía cualquier sed física en Irlanda o en otro país europeo, ni al menos en Estados Unidos, donde está la matriz de la corporación, quedándose, entonces, una gran parte de las operaciones manejadas en Irlanda y Europa, como todo, exentas de impuestos por su desvinculación territorial.

La existencia de esta “administración central” era meramente ficticia, y sus actividades se resumían a reuniones ocasionales de la Junta Directiva. La oficina central no poseía cualquier presencia física o empleados en cualquier jurisdicción nacional. Esto significa que sus actividades no se tributarán en Irlanda, ni siquiera en los países de la Unión Europea o en los Estados Unidos.

Además, a pesar de presuponerse que esto sería un problema interno de aplicación de las leyes tributarias nacionales de Irlanda, restó constatado que los beneficios concedidos por el país eran aplicados a todas las ventas de los productos Apple en el territorio europeo, al paso que el registro de las operaciones en todo sus países sería, por obligación contractual, vinculado a las sucursales irlandesas de la empresa, y no en el sitio dónde ocurrían las respectivas operaciones.

Esto significa que el problema no está en las resoluciones nacionales de Irlanda, sino en la conducta de Apple, que al revés de registrar sus operaciones en el lugar donde efectivamente ocurrían los hechos generadores del impuesto o al menos en las sucursales irlandesas, lo hacía vinculadas a esta “administración central” ficticia, lo que permitió de manera general la omisión de pago de impuestos a los países de la Unión Europea, confrontando sus principios de la libre competencia garantizados por las normas de ayuda estatal del grupo europeo.

Lo que se concluye, entonces, es que la decisión de la CE no interfiere directamente en el ordenamiento jurídico irlandés, manteniéndose la validez de las resoluciones tributarias de este país, una vez que de acuerdo con divulgación de la propia Comisión⁹ “Esta decisión no pone en tela de juicio el sistema fiscal general de Irlanda, ni tampoco los tipos del impuesto sobre sociedades que aplica”.

⁹ <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm>

De hecho, la decisión administrativa de la Comisión no invalida las normas irlandesas por “supuesta” confrontación a las normas regionales, ni establece relación de jerarquía entre ellas. Sin embargo, la decisión solamente impuso una reparación a Apple por la conducta ilícita de la empresa ante las reglas de competencia del mercado común europeo, subrayándose que las resoluciones en cuestión ya están hasta mismo superadas por los recientes Actos Financieros irlandeses de 2013 y 2014.

Eso explica, por ejemplo, por qué la penalidad se aplicó solamente a la empresa, y no al Estado irlandés, que no ha tomado parte, por lo menos directamente, en el cometimiento de este ilícito. Explica, además, que el interés de Irlanda en recurrir de la decisión es meramente económico y no jurídico, puesto que no hubo violación a su soberanía como Estado Nacional por no haber interferencia externa en el funcionamiento de su ordenamiento jurídico, lo que se explicará más propiamente en el tercer capítulo de este artículo.

2.2. *STATE AID RULES*: LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

Las normas sobre ayudas estatales de la UE, fundamento jurídico de la decisión de la Comisión Europea en el caso Apple, tienen por función obstar que los Estados miembros concedan a determinadas empresas ventajas fiscales que resulten en tratamiento tributario diferenciado de unas sociedades en detrimento de otras sin justificación determinante para tal.

El artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ determina que:

Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán **incompatibles** con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante

¹⁰

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E107&from=EN>>

fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la **competencia**, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Esta regla comporta algunas excepciones, a ejemplo de los casos de ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; ayudas que tengan por el propósito favorecer la economía de determinadas regiones de Europa para compensar desventajas económicas circunstanciales; ayudas para el fomento de proyectos importantes de interés común europeo y aquellas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio de la integración regional.

En todo caso, con estas situaciones extraordinarias debe estar de acuerdo la Comisión Europea, órgano ejecutivo de la Unión Europea encargado de examinar permanentemente los regímenes de ayudas existentes en los Estados miembros, proponiendo a éstos las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior, en los términos del artículo 108 del TFUE¹¹.

El concepto de *state aid* - o ayudas estatales - es definido en el sitio electrónico de la Comisión Europea¹² como “*una ventaja, en cualquier forma, conferida de **forma selectiva** a las empresas por las autoridades públicas nacionales*”. Sin embargo, para encuadrarse en esta definición, la ayuda estatal debe presentar algunas características específicas.

En primer lugar, hay que se constatar la intervención de algún Estado en la economía de aquellos que reciben la ayuda que se presenta en la forma de recursos estatales a ejemplo de intereses y exenciones fiscales. Segundo, la intervención otorgada deberá configurar una ventaja selectiva al beneficiario ante sus concurrentes. Con ello se comprobará si la competencia en el caso fue de hecho distorsionada y si la intervención estatal es capaz de afectar el comercio entre los Estados miembros.

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E108&from=EN>

¹² http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html

Así, aplicados estos conceptos al caso Apple, es posible vislumbrar que la política fiscal de Irlanda permitió que la empresa tuviera estos beneficios selectivos sin que la empresa o la situación del Estado irlandés se encuadrasen a las circunstancias excepcionales previstas en el Tratado para la concesión legal de estas ventajas.

Añadido a esto, se percibió aún que estas ventajas selectivas motivaran que Apple detuviese posición de primacía frente sus concurrentes, violándose, pues, los principios expuestos en la norma pactada entre los Estados miembros del Mercado Común Europeo, entre ellos, el Estado irlandés.

Así es que, el hecho de no registrar debidamente sus operaciones, hizo con que Apple pagase menos impuestos que sus concurrentes en la UE, violando el Tratado oriundo de la integración europea y el principio de la plena competencia por el garantizado.

Por fin, es necesario destacar que la decisión basada en las normas de ayuda estatal de la UE no instituye sanción o penaliza la empresa por su conducta. Lo que hace es solamente restablecer el equilibrio de las relaciones de competencia, demandando que Apple pague los impuestos omitidos por todos estos años por su maniobra fiscal, razón por la cual la Comisión califica su actuación como “Recuperación” y no “Penalización”¹³.

Dicho esto, y verificadas las razones materiales de la Comisión Europea para la adopción de este entendimiento, pasase a analizar más precisamente las críticas generadas por el Estado irlandés sobre la actuación del órgano regional, concluyéndose, pues, acerca su legitimidad para imponer el deber de recuperación a Apple, mismo que no haya concordancia de Irlanda a cerca de esto.

¹³ Por este motivo también se autorizó la reducción de este montante debido si otros países de la Unión Europea exigieran a Apple el pago de impuestos adicionales por los beneficios ya obtenidos por todos estos años o si la matriz americana tuviese que pagar importes adicionales en el financiamiento de las actividades de investigación y desarrollo de Apple. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm

3. LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN SOBRE LA SOBERANÍA NACIONAL

Cuando uno Estado integra determinada unión de países y vinculase a través de documentos jurídicos a obligaciones pactadas en ámbito regional, es posible que surjan conflictos políticos, económicos y jurídicos entre el ente comunitario y los países que componen su estructura.

Tales conflictos, por supuesto, necesitan ser solucionados en nivel supranacional, existiendo para ello no sólo normas materiales que guían la conducta de los países del grupo europeo, pero también instituciones responsables por aplicar las normas internacionales en los casos concretos.

Sobre eso, Luigi Ferrajoli apunta en su artículo “Pasado y Futuro del Estado Constitucional”¹⁴ que “la pérdida de unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes” se señalan como factores de crisis para el concepto actual de Estado de Derecho. Esta, pues, es la realidad europea en tiempos de integración regional, lo que pudo ser bien ilustrado en la situación concreta aquí estudiada. En las palabras de Ferrajoli:

[el proceso de integración de Europa] ha situado fuera de los límites de los Estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía. Así, se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un **incierto Derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y**

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado Constitucional *in* Neoconstitucionalismo(s) org. CARBONELL, Miguel. 4ª edición. Editorial Trotta: Madrid, 2009, págs. 13-29.

confluyentes entre sí, y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos propios del Derecho premoderno.

Una de las consecuencias de esta crisis de paradigma se encuentra en el cuestionamiento acerca la legitimidad y representatividad de los órganos comunitarios frente a los Estados Nacionales. Esta realidad se puede sentir principalmente cuándo la aplicación de reglamentos de ámbito supranacional pone en cuestión la legislación de determinado Estado, nasciendo ahí un conflicto jurídico que podría representar riesgos a la soberanía nacional por colocar en duda la aplicación de las leyes de uno determinado ordenamiento jurídico. Por ello es que se dedican dos tópicos específicos para cuidar de estas cuestiones relacionadas al caso Apple-Irlanda-Unión Europea.

3.1. SOBERANÍA NACIONAL: EL ARGUMENTO DEL ESTADO IRLANDÉS

La soberanía nacional o el gobierno soberano es uno de los elementos constitutivos del Estado para la ciencia política. Ella significa, en el ámbito interno, que hay un poder superior a otros núcleos de poder que actúan en el Estado como la familia y los entes privados. Para fuera de los límites de su territorio, en el ámbito externo, la soberanía significa que los Estados nacionales son independientes entre sí, vedándose la intervención de unos sobre los otros en sus cuestiones internas¹⁵.

Lo que pasa es que la adhesión de estos Estados a determinados grupos regionales integrados, a ejemplo de Unión Europea, hace con que el país renuncie de parte de esta soberanía cuando acuerda en documentos formales condiciones aplicables a todos los miembros de la aglomeración de manera indistinta.

¹⁵ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de Direito Comunitário*. 2ª edição. Editora JusPodivum: Salvador, 2010, p. 154.

En los términos de las disposiciones comunes del Tratado de Funcionamiento de Unión Europea¹⁶, más precisamente, la legislación comunitaria se impone directamente a todos los Estados miembros que deben cumplir las obligaciones derivadas de los Tratados y la legislación vinculante de la integración. Con todo, esto no implica necesariamente interferencia indebida del grupo integrado en los Estados Nacionales por qué, según el artículo 5 del TFUE:

2. En virtud del **principio de atribución**, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

Así, considerase que la condición de Irlanda como país miembro de la Unión Europea legitima la aplicación de la norma presentada en el dicho Tratado, debiendo el país someterse a la decisión emanada por el órgano de representación de Unión Europea. Sin embargo, estuvo en su liberalidad componer o no tal agrupamiento de países, y una vez comprometiéndose a integrarle deberá respetar las normas de Derecho Comunitario que deben ser aplicadas uniformemente a todos los estados miembros por el imperativo de **seguridad jurídica** en la integración regional.

Lo que pasa es que, mismo en el curso de la investigación¹⁷, Irlanda llegó a enviar en Febrero de 2016 una Carta manifestándose contra las actividades de la Comisión Europea, juzgando que su actuación violaba las reglas procedimentales y los derechos de defensa del país.

¹⁶

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=EN>

¹⁷

<http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_666_2.pdf>

Sin embargo, esta manifestación desconsideró que el país tuvo apertura para pronunciarse en varios momentos de la averiguación, lo que demuestra el ejercicio de la amplia defensa, no sólo por parte de Irlanda, pero también por parte de la corporación Apple que también se pronunció en diversos comunicados antes de la emisión del *decisum* por la CE. En 18 de Febrero de 2016, por ejemplo, Irlanda sometió a la Comisión informe hecho por la auditoría de *Pricewaterhouse Cooper* certificando que consideraban regular la política de distribución de beneficios por las sociedades de Apple en Irlanda.

De todo modo, aun que el Estado Irlandés no esté de acuerdo con la decisión de la Comisión Europea, el sistema europeo garantiza a su gobierno el derecho de recurrir de la decisión, lo que ya lo hizo a través del caso T-778/16 presentado en el Tribunal de Justicia Europeo en noviembre de 2016. En ese caso, entonces, no se observa cualquier perjuicio de la actuación supraestatal a la soberanía del Estado irlandés, no habiendo ni siquiera penalidad o declaración de invalidez de las disposiciones normativas de su ordenamiento interno.

Por consiguiente, la ratificación de Irlanda a las convenciones vinculantes de la UE justifican sus obligaciones ante todos los demás países. En ese caso, entonces, no podrá Irlanda esquivarse de proceder a la Recuperación, debiendo cumplir las disposiciones de la Comisión de inmediato puesto que el recurso judicial manejado en el Tribunal de Justicia Europeo no tiene efecto suspensivo sobre la decisión administrativa. El máximo que podrá hacer, en este caso de discordancia, es consignar el importe en cuenta hasta que el Tribunal emita su sentencia a ese respeto.

3.2. COMPETENCIAS DE LA COMISSION EUROPEA Y CONTROL DE PODERES EN UN SISTEMA LEGAL INTEGRADO

La Comisión Europea, como referido en el primer tópico de este artículo, es el órgano ejecutivo que representa los intereses de la Unión Europea en conjunto, teniendo por funciones principales las atribuciones de (i) proponer legislación al Parlamento Europeo y al Consejo de Ministros, (ii) gestionar y

aplicar las políticas de la UE y su presupuesto, y (iii) hacer cumplir la legislación europea, si preciso hasta mismo con la ayuda del Tribunal de Justicia de la UE, entre otras¹⁸.

Una de las áreas de concentración política de la UE es la de competencia, estando la Comisión Europea encargada de investigar casos noticiados de concesiones de ventajas selectivas ilegales a empresas privadas por permisión del artículo 108 del TFUE. En el curso de la investigación, los interesados deberán presentar sus observaciones, conservándose, pues, el derecho de manifestación de las partes investigadas.

Esta condición formal fue cumplida por la Comisión durante todo el procedimiento administrativo, presentándose en el Informe final de la investigación¹⁹ por orden cronológica todos los documentos y cartas ofrecidas por el Estado Miembro de Irlanda y la compañía Apple desde su primera interpelación.

La actuación del órgano estuvo aún atenta también a otros límites procedimentales en este caso. Por el aspecto temporal, por ejemplo, la Comisión se limitó a ordenar la recuperación de la ayuda estatal ilegal solamente en el periodo de diez años previo a su primera solicitud de información, que data de Junio 2013, según este mismo informe conclusivo.

Hay que decir que la Comisión en este caso también se atentó a la necesidad de manutención de la seguridad en las relaciones comerciales en el sistema europeo integrado, no siendo esta la primera vez que se impuso a empresas privadas el pago compensatorio de ventajas fiscales indebidas concedidas por países miembros de la Unión. Así es que, a esta misma investigación se someterán las empresas Fiat y Starbucks que recibirán ventajas fiscales selectivas en Luxemburgo y en los Países Bajos, respectivamente, como se verá en el próximo capítulo.

Llevando esto en consideración, la CE invoca sus intenciones de garantizar la igualdad y seguridad en el bloco

¹⁸ http://ec.europa.eu/about/index_es.htm#what-we-do

¹⁹ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_666_2.pdf

européo con la siguiente afirmación²⁰: “Todo el trabajo desarrollado por la Comisión descansa en el principio básico de que todas las empresas, ya sean grandes o pequeñas, deben tributar en el lugar donde obtienen sus beneficios”.

Admitiéndose, entonces, la corrección formal y material de la decisión, además de la legitimidad de la Comisión Europea para emitirla, se queda pendiente, solamente, justificar dogmáticamente la existencia de estos mecanismos de control de poderes y aplicación legislativa en el ámbito del sistema integrado.

De este punto de vista, el análisis de la cuestión puesta relacionase también a la pérdida de fuerza del Derecho público en el contexto mundial de Globalización. Esto significa que en la ausencia de reglamentos supranacionales de naturaleza pública, como a ejemplo de normas más específicas de Derecho Tributario y Financiero, habrá libertad de aplicación de pactos privados en las relaciones de empresas transnacionales, desde que se respeten los principios ya reconocidos en los Tratados pactados por los Estados Miembros del Grupo.

El problema se agrava cuándo los aspectos económicos internos intentan superponerse a obligaciones jurídicas comunitarias, lo que apunta para la necesidad de creación y aplicación de reglas internacionales de Derecho Público en el ámbito de la Unión Europea para que se refuerce la seguridad jurídica como se demuestra en la idea reproducida por Ferrajoli:

[...] el Derecho de la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y el mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neobasolutista de la soberanía externa (únicamente) de las grandes potencias está acompañada de una paralela

²⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm

regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumida por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico internacional.

Esto significa que la integración económica del bloco europeo debe ser añadida de una integración jurídica y institucional de mismo nivel, con formación de reglas públicas más específicas y de aplicación jerárquicamente superior a las de los estados nacionales, manteniéndose el reconocimiento de la competencia de los Tribunales judiciales y Órganos administrativos como la CE para hacer aplicar esta codificación de manera indistinta a todos los países que integran el grupo.

4. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA DECISIÓN

Analizados los principales aspectos jurídicos de la decisión que impuso a Apple el pago retroactivo de los impuestos, es oportuna una breve investigación de los efectos prácticos de esta decisión. Debiese establecer, en otras palabras, en qué medida los argumentos presentados por ambas partes, bajo un aspecto jurídico formal, de hecho, representarían ganancias o pérdidas materiales para los agentes implicados.

Por supuesto, el eventual cumplimiento de la decisión surtiría efectos de diversas especies, que podrían considerarse positivos o negativos dependiendo de la finalidad de los sujetos implicados. En este capítulo, entonces, vamos tratar de evaluar, en principio, las ventajas y desventajas indirectas de la decisión. A continuación analizamos el resultado sustantivo de lo que se ha argumentado legalmente por la Comisión: los resultados nocivos de la ventaja fiscal concedida a Apple en los términos de la competencia.

4.1. DESVANTAJAS Y VANTAJAS DEL BENEFICIO FISCAL

A par de los argumentos utilizados por la Comisión Europea y el Gobierno irlandés, el cumplimiento de la imposición propuesta contra Apple tiene, por supuesto, consecuencias materiales. En este sentido, es esencial tener en cuenta la forma como los efectos indirectos de la decisión (posiblemente no consideradas por las autoridades afectas) repercuten en la población de Europa - supuestamente los sujetos de protección llevada a cabo por la Unión Europea.

El propósito de este sub-tema es evaluar con precisión cómo la decisión podría trabajar a favor o en contra de los intereses de los habitantes del bloque europeo. Evalúese, en este sentido, dos aspectos opuestos que los beneficios fiscales tienen ante la sociedad: las obvias pérdidas recaudatorias, que implican en el servicio más pequeño o más pobre por medio de las autoridades administrativas del país y el acceso de la población a los productos, facilitado por la disminución la presión fiscal sobre los productores.

4.1.1. Los perjuicios recaudatorios

Este es probablemente el efecto más obvio de una posible anulación de un beneficio fiscal - especialmente cuando se consideran sus efectos retroactivos: *a priori*, eliminase el perjuicio recaudatorio resultante de la ventaja fiscal. De hecho, las pérdidas en la recaudación son obviamente los principales perjuicios de las concesiones tributarias de cualquier naturaleza²¹.

En este caso concreto, la cantidad dispensada por el gobierno irlandés está lejos de ser despreciable. De acuerdo con la Comisión Europea, la política fiscal de Irlanda frente a Apple habría hecho que la compañía se omitiera de contribuir con más de trece mil millones de euros en impuestos²². Si confirmada la

²¹ AMARO, Luciana. *Direito Tributário Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 306.b

²² EUROPEAN COMMISSION. *State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion*. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm>. Acesso em: 28 dez 2016.

obligación de devolución del importe, la multinacional estaría haciendo la mayor devolución de impuestos de toda la historia²³.

Verifícase, de este modo, que las preocupaciones sustanciales de la Comisión Europea no son vacías. Es indiscutible que la cantidad ahorrada por la empresa podría tener una significativa aplicación en la provisión de servicios públicos. Considerado en términos de efecto inmediato, el beneficio fiscal parece representar un escenario de enriquecimiento de una gran empresa, en detrimento de perjuicios sociales a los habitantes de la Unión Europea.

De hecho, la sanción impuesta contra Apple busca contrarrestar una pérdida en la recaudación que no está limitada a Irlanda. En primer lugar, debido a que otras empresas fueron sancionadas efectivamente en las mismas condiciones y por el mismo motivo en otros lugares, aunque en cantidades significativamente menores.

Así es que, los Países Bajos y Luxemburgo se vieron obligados por la Comisión a recuperar treinta millones de euros de *Starbucks Corp.* y de *Fiat y Chrysler*, respectivamente. *Amazon Inc.* y *McDonald Corp.* son también las empresas que pueden verse obligadas a devolver el dinero ahorrado con ventajas fiscales concedidas por el Gobierno de Luxemburgo²⁴. La *Alphabet Inc.*, corporación ligada a *Google* también puede tener el beneficio de ciento treinta millones de libras proporcionados por el Reino Unido investigado²⁵. Por tanto, el caso de *Apple* es el ejemplo más robusto de una serie de otras medidas adoptadas por la Comisión Europea.

Además, el beneficio fiscal concedido por el gobierno irlandés a la compañía americana relacionase con los ingresos fiscales en otros países europeos debido a un segundo aspecto: el mercado común de la UE. Como dicho anteriormente, *Apple*

²³ TIME. *Apple vs. the E.U. Is the Biggest Tax Battle in History*. Disponible em: <<http://time.com/4472500/apple-cu-irish-tax-bill/>>. Acceso em: 28 dez 2016.

²⁴ BLOOMBERG. *Apple's \$14.5 Billion EU Tax Ruling: What You Need to Know*. Disponible em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-30/apple-s-14-5-billion-eu-tax-ruling-what-you-need-to-know>>. Acceso em: 28 dez 2016. XX

²⁵ *Ibidem*.

registra todas las ventas efectuadas en el bloque en Irlanda - circunstancia permitida por la legislación comercial internacional vigente en el continente. Por lo tanto, gran parte de los ingresos obtenidos por la multinacional, incluso en otros países, serían gravados de acuerdo con las privilegiadas de Irlanda.

Bajo esta consecuencia, la ventaja fiscal concedida por el gobierno irlandés, por la concepción de la Comisión, llevaría a la sed de Apple en los Estados Unidos, cantidades que deberían ser sometidas a impuestos en Europa. De esto se deduce, por supuesto, que menos recursos serán convertidos por los gobiernos europeos - y la propia Unión Europea - en servicios y asistencia a la población del bloque.

Sin embargo, también hay aparentes compensaciones para esta injusticia fiscal. A pesar del *lobby* empresarial explicar gran parte de las decisiones del gobierno en cualquier parte del planeta, es difícilmente creíble comprender que el gobierno irlandés esté renunciando deliberadamente a ingresos importantes al exclusivo beneficio de Apple. Beneficios fiscales dan lugar a compensaciones, mismo que mínimas, a la población, que también merecen ser analizadas.

4.1.2. Beneficios tributarios y acceso de la población a los productos

El cobro de impuestos tiene implicaciones que van mucho más allá de la simple recaudación por el gobierno - precisamente la razón por la cual el caso Apple ganó contornos complejos cuando se piensa en términos de beneficios para la población. De hecho, a pesar de que representa el medio por el cual el Estado paga sus funciones, los impuestos son un obstáculo para el sector privado en sus actividades productivas.

Así, todo y cualquier encargo que el Estado impone a las empresas es financiado, directa o indirectamente, por la actividad empresarial: los costos de la tributación son necesariamente transmitidos al consumidor o absorbidos por la empresa. En general, lo que ocurre es una mezcla de ambas situaciones - parte de la carga es insertada en el precio y otra parte se descuenta de las

ventas mediante la variación de la proporción de estas parcelas en función de las condiciones del mercado²⁶.

En la medida en que la tributación actúa sobre el precio de los bienes, las ventajas de la concesión de beneficios fiscales son muy claras: cuanto menor es el precio del producto, más personas serán capaces de lograrlo. Es decir que el modelo fiscal utilizado por el gobierno irlandés hace que los dispositivos de Apple sean más asequibles, lo que permite que una mayor cantidad de consumidores hagan uso de la tecnología ofrecida por la empresa.

En este sentido, la existencia de un mercado común implica que los individuos en muchos otros países también podrían beneficiarse de las tarifas aplicadas por el Estado irlandés. Una vez que las ventas son, como se ha mencionado anteriormente, registradas en Irlanda, los consumidores de otros países también pagan menos por los productos de la multinacional americana en reflejo.

Incluso en relación a la fracción de los impuestos caen directamente sobre la facturación de Apple, es posible anticipar no haber sólo perjuicios de esto a la población europea. Esto se debe a que, aunque gran parte de los intereses sean transferidos a la sede de la compañía en los Estados Unidos, no es razonable creer que al menos una parte de los beneficios se reinvertirán inevitablemente en las actividades de la corporación en Europa.

Es decir que al menos parte de lo que se ahorra con los impuestos terminará generando puestos de trabajo y moviendo la economía causando el enriquecimiento indirecto de la población local. La generación de puestos de trabajo y el calentamiento de las relaciones comerciales, después de todo, son objetivos evidentes de ventajas fiscales concedidas por cualquier gobierno. Una vez más debido al mercado común, estos hipotéticos beneficios se extienden a cualquier país de la UE donde Apple mantenga actividades comerciales.

Concluimos, por tanto, que la política fiscal de Irlanda junto a Apple tiene efectos antagónicos sobre la población

²⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. P. 102.

européa. Por un lado, habrá menos recursos para la prestación de los servicios gubernamentales. Por otro lado, la población tendrá un mayor acceso a los productos de la empresa beneficiaria - lo que implica un mayor consumo y, ¿por qué no decirlo? - se beneficiarán de las inversiones eventualmente realizadas por la multinacional en el continente.

4.2. EFECTOS DEL BENEFICIO FISCAL EN LA CONCURRENCIA

Las ventajas mediatas de los beneficios fiscales, sin embargo, son susceptibles de tornarse eclipsadas por supuestos desequilibrios en el mercado. De hecho, las ventajas fiscales son capaces de establecer un privilegio financiero para las partes afectadas, lo que dificulta el proceso competitivo. En última instancia, este escenario reduce el proceso mercadológico de descubrimiento²⁷, empobreciendo a la población en general. Como se ha explicado el ganador del Premio Nobel de Economía, Friedrich A. Hayek:

La función de la competencia consiste en justamente nos enseñar quienes será útil a nosotros: de cual confitería o agencia de viajes, de cual tienda de departamento o hotel, el cual médico o abogado podemos esperar que proporcione la solución más satisfactoria a cual sea el problema personal que tengamos que hacer frente²⁸. (Nuestra traducción).

Es que la competencia es parte de la "agregación" informacional del mercado, permitiendo a la gente el acceso a los productos más convenientes y más baratos – contribuyendo, de

²⁷ FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. *A Economia da Inovação Industrial*. Tradução de André Luiz Sica de Campos e Janaina Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Editora da Unicamp, 2008. P. 443

²⁸ HAYEK, Friedrich A. *The Meaning of Competition*. Disponível em: <<https://mises.org/library/meaning-competition>>. Acesso em: 28 dez 2016.

este modo, para el acceso de los individuos a productos y a una mejor calidad de vida. En este aspecto, sin embargo, el papel del Estado que crea beneficios para algunos de los competidores es capaz de traer desequilibrio al proceso competitivo, contribuyendo a la formación de oligopolios.

Es precisamente en este punto que se basa en el argumento principal de la Comisión Europea: el tratamiento fiscal otorgado por Irlanda a Apple violaría las normas de ayuda estatal del bloque europeo, creando una ventaja competitiva para la empresa americana. Pudiera tratarse, entonces, de una injerencia indirecta del gobierno irlandés sobre la competencia en el país y en la UE, lo que favorece un competidor en detrimento de los demás.

La ayuda fiscal de la cual gozó Apple constituía un costo comparativo para todas sus concurrentes que no cuentan con un beneficio similar. Bajo esta consecuencia, la multinacional norteamericana llegó a mantenerse en posición de vanguardia en el mercado, incluso sin practicar buenos precios o necesariamente invertir en innovación.

En otras palabras, la política fiscal aplicada por el Gobierno irlandés es capaz de, a primera vista, constituir una ventaja comercial indebida a la compañía estadounidense. Por tanto, el principal efecto práctico de la decisión de la Comisión Europea puede ser, de hecho, el reequilibrio del proceso competitivo en relación al mercado en el cual opera Apple.

Oportuno esclarecer que nada de esto lleva a la conclusión que la devolución de las cantidades ahorradas por la corporación, por razones de la política fiscal irlandesa, es la medida más adecuada en el caso, a pesar de legítima y fundamentada jurídica y prácticamente. Asimismo, no es posible establecer las consecuencias prácticas de la imposición. Lo que se puede hacer es tan sólo comprobar en qué medida actúa la ley, en el presente caso, para satisfacer los intereses de la población europea.

5. CONCLUSIÓN

Es evidente que, de acuerdo con lo que se dijo en el texto, la cuestión resaltada tiene repercusiones más allá del tema de los impuestos, sobre todo porque la práctica de este tipo de comportamiento en este escenario puede causar lesiones relacionadas con el derecho de la competencia. Además, los problemas que se plantean en el ámbito de la legislación fiscal, por sí mismo, ya señalan que el tema merece atención por parte de los reguladores.

En el mundo de hoy, sin duda, ha aumentado la fluidez en las cuestiones relacionadas con el comercio que presentan elementos transnacionales, poniendo de relieve a la necesidad de establecer una orden normativa más específica sobre el tema; es de conocimiento que la normalización existente hoy en el ámbito internacional - el tratado que prohíbe el abuso de competencia en términos de principios - es insuficiente para la adecuada regulación de la materia.

En este campo, por lo menos, está claro que la intención de la propia Comisión Europea es establecer esas normas más específicas en el ámbito de la UE, lo que se muestra válido y consistente, dadas las funciones del órgano en el sistema. Con eso se espera que la regulación actué de manera eficaz, a fin de proteger los intereses de los Estados y, al mismo tiempo, guíe a las empresas en el mejor modo de proceder.

En el desarrollo de este trabajo también se tomó en cuenta la existencia del problema relacionado con la desvinculación territorial de las empresas en los estados, lo que trae cierto impacto sobre la función social de la empresa. Las empresas que no se basan en particular en determinado territorio nacional, finalmente, acaban por aprovechar de la falta de regulación del comercio transnacional no asumiendo la responsabilidad de invertir parte de sus ganancias donde se estableció en realidad, donde se queda su base tributaria, o, incluso, en el lugar en que se hizo la transacción, lo que dificulta los estados del imperio del poder.

Otro resultado de este trabajo, también, es la conclusión que el hecho de que el consumidor final compra el producto a un precio inferior podría parecer una ventaja para él. Sin embargo, se

observa que cuando la empresa deja de ser tributada, la tendencia es reducir el valor del producto, pero esta ecuación no tiene en cuenta los impuestos que son pagos por el consumidor, que por lo general se centran en el producto final, una especie de valor añadido en la mayoría de los países.

Este campo de investigación es todavía muy amplio. No es la intención de este trabajo el agotamiento de tema, efectuándose aquí solamente una breve análisis de casos. Parece, sin embargo, que la necesidad de buscar otros problemas relacionados con el tema es muy importante para el desarrollo del comercio internacional y la defensa de la competencia entre las empresas en los diferentes Estados.

REFERENCIAS

- _____. **Acerca de la Comisión Europea.** *In* Comisión Europea website. Disponible em: <http://ec.europa.eu/about/index_es.htm#what-we-do>. Acceso em: 28 dez 2016.
- _____. **Apple deve pagar 13 bilhões de euros em impostos à Irlanda, diz EU.** *In* Valor Econômico. Disponible em: <http://www.valor.com.br/empresas/4692239/apple-deve-pagar-13-bilhoes-de-euros-em-impostos-irlanda-diz-ue>. Acceso em: 28 dez 2016.
- _____. **Ayuda estatal: Irlanda otorgó ventajas fiscales ilegales a la empresa Apple por valor de hasta 13 000 millones EUR.** *In* European Commission: Press Release Database. Disponible em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_es.htm>. Acceso em: 28 dez 2016.

Case T-778/16 - Ireland v Commission.

Disponível em:
 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrec=en&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=T-778%252F16&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=378631>>. Acesso em 28 dez 2016.

COMMISSION DECISION of 30.8.2016 ON STATE AID SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple.

Disponível em:
 <http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253200/253200_1851004_666_2.pdf>. Acesso em 28 dez 2016.

IRISH TAXES CONSOLIDATION ACT, 1997.

Disponível em:
 <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1997/act/39/enacted/en/html>>. Acesso em: 28 dez 2016.

State aid control. In European Commission website.

Disponível em:
 <http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html>. Acesso em: 28 dez 2016.

State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) – Ireland Alleged aid to Apple.

Disponível em:
 <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_38373>. Acesso em: 28 dez 2016.

-
- _____. **Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TERCERA PARTE : POLÍTICAS Y ACCIONES INTERNAS DE LA UNIÓN - TÍTULO VII : NORMAS COMUNES SOBRE COMPETENCIA, FISCALIDAD Y APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES - Capítulo 1 : Normas sobre competencia - Sección segunda : Ayudas otorgadas por los Estados - Artículo 107 (antiguo artículo 87 TCE).** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:12008E107&from=EN>>. Acesso em: 28 dez 2016.
-
- _____. **VERSIONES CONSOLIDADAS DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA (2016/C 202/01).** *In* Diario Oficial de la Unión Europea. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=EN>>. Acesso em: 28 dez 2016.
- AMARO, Luciana. **Direito Tributário Brasileiro.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BLOOMBERG. ***Apple's \$14.5 Billion EU Tax Ruling: What You Need to Know.*** Disponível em:<<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-08-30/apple-s-14-5-billion-eu-tax-ruling-what-you-need-to-know>>. Acesso em: 28 dez 2016. XX
- EUROPEAN COMMISSION. ***State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion.*** Disponível em:<http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm>. Acesso em: 28 dez 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y Futuro del Estado Constitucional *in* Neoconstitucionalismo(s).** org. CARBONELL, Miguel. 4ª edición. Editorial Trotta: Madrid, 2009.

- FREEMAN, Chris; SOETE, Luc. ***A Economia da Inovação Industrial***. Tradução de André Luiz Sica de Campos e Janaina Oliveira Pamplona da Costa. Campinas: Editora da Unicamp, 2008.
- HAYEK, Friedrich A. ***The Meaning of Competition***. Disponível em: <<https://mises.org/library/meaning-competition>>. Acesso em: 28 dez 2016.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2 ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e de Direito Comunitário**. 2ª edição. Editora JusPodivum: Salvador, 2010.
- TIME. ***Apple vs. the E.U. Is the Biggest Tax Battle in History***. Disponível em:<<http://time.com/4472500/apple-eu-irish-tax-bill/>>. Acesso em: 28 dez 2016.

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência na América Latina e no Caribe e os desafios que estão colocados

CAIO SILVA DE SOUSA¹
EDNA RAQUEL HOGEMANN²
Universidade Estácio de Sá (Brasil)

INTRODUÇÃO

O processo de redemocratização do Brasil permitiu a elaboração de uma constituição promulgada em 1988, que segundo Bonavides (2004) por ter participação popular, recebeu a alcunha de Constituição Cidadã. Posteriormente, as pressões de setores organizados da sociedade pela regulamentação de diversos direitos sociais estabelecidos levaram à ampliação de direitos e ao estabelecimento de meios ao devido financiamento de sua

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Desportivo pelo Instituto A Vez do Mestre – Universidade Candido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes – Campus Centro. Professor de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Deontologia Jurídica na Faculdades São José. Secretário Geral da Comissão de Defesa de Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB/RJ. E-mail: caiosilvadesousa@gmail.com. Telefones: (21) 2610-7465 e (21) 99797-0399. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4401534471793657>

² Pós-Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá. Coordenadora da Escola de Ciências Jurídica da Universidade Federal Do Estado Do Rio De Janeiro. Membro da Law and Society Association. E-mail: ershogemamm@gmail.com. Telefone: (21) 995383223. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3237502473386597>

implementação. Desde então, o poder público encontra dificuldades na política pública voltada para as ações na esfera social. Significativos avanços foram conseguidos, em quase todas as áreas setoriais, mas muito ainda precisa ser feito.

Na realidade a retirada da cidadania das pessoas com deficiência é um dos mais devastadores problemas sociais enfrentados hoje. Infelizmente não faz parte do cotidiano da sociedade buscar a mudança desse problema. Faz-se necessária então uma discussão ampla do problema, resultando assim na convergência de alguns aspectos distintos.

O presente estudo aborda as diferenças existentes entre a situação brasileira e a de outros países, com o objetivo principal de esclarecer quais os aspectos relevantes na diferença entre as políticas públicas, bem como a sua aplicação em cada país. Assim, é de extrema importância conceituar e entender o que diz a nossa legislação sobre pessoa com deficiência, afim de realizar uma comparação.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

O Brasil, à semelhança de outros países como Inglaterra, Chile e Cuba, conquistou um sistema de saúde universal, ou seja, que procura atender a todos os cidadãos; no entanto, a saúde de boa qualidade deve ser implementada através de políticas públicas bem fundamentadas e pensadas para o modelo da cultura brasileira e por gestores competentes que saibam aplicar, da maneira mais acertada, os recursos disponíveis.

Os autores do presente trabalho reconhecem que as condições de efetivação de um direito universal à saúde não são apenas jurídicas – são ao mesmo tempo sociais e políticas, em seus múltiplos sentidos; discuti-las significa abordar uma série de ações empreendidas na perspectiva de tornarem cada vez mais efetivo um direito fundamental especialmente complexo. Questão que tem alcançado notável densidade na conjuntura brasileira atual, haja vista os problemas intrincados que se relacionam com a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual, queiram ou não

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

os seus críticos mais veementes (ou até mesmo os seus detratores), constitui uma conquista inegável da democracia brasileira.

A definição de saúde sustentada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como *um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecções ou de doenças*, acena para um avanço nada desprezível: em nossa época, conquanto se viva numa sociedade de risco global, o direito à saúde conta com um desenvolvimento normativo, doutrinário e jurisprudencial capaz de contemplar um enfoque *integral* (ou unitarista) da saúde. Neste o desfrute do máximo nível possível de saúde está determinado não somente pela condição de saúde física e mental da pessoa, mas também pelos fatores socioeconômicos determinantes do meio ambiente, tais como acesso a água limpa e potável e condições sanitárias básicas, condições ambientais apropriadas, alimentação e nutrição, moradia e, ainda, condições de trabalho seguras.

A perspectiva de compreensão teórica da *efetividade* tanto do direito à saúde, quanto do direito à assistência das pessoas com deficiência, enquanto direitos fundamentais, adotada no presente trabalho, assimila alguns pontos de vista ou “teses” que gozam, na atualidade, de extenso respaldo doutrinário. Dentre esses vale lembrar a defesa *incondicional* dos direitos fundamentais, assumida mesmo diante da identificação da crise do Estado Social há tanto tempo elucidada pelo Professor Boaventura de Sousa Santos (2010); a recusa do *juridicismo* entendido como tentativa de compreender o direito separando a moral e a política; o posicionamento crítico em relação às visões ingênuas e irrealistas do direito, que se obstinam a reduzi-lo a um sistema de normas (subestimando o peso dos princípios que a estas se somam em tal conjunto); a confiança nas possibilidades do juiz como responsável por encontrar a resposta para o caso concreto; o reconhecimento da racionalidade jurídica — a ser mobilizada sobretudo no domínio do Direito Processual — como uma racionalidade inegavelmente prática; a visão mais preocupada com o problema do que com o sistema, acolhida com amplo destaque pela teoria do raciocínio tópico e pela teoria retórico-argumentativa perelmaniana; a não-aceitação de uma cisão absoluta entre o prisma descritivista e o prescritivista, a ser

especialmente sustentada no exame da positivação de todo direito fundamental.

Por outro lado, o universo da pessoa com deficiência pode ser interpretado em nossos dias como o espaço onde se corporificam algumas das principais questões da sociedade. Direitos sociais, consciência social, educação, saúde, medicina, tecnologia, produção e eficiência são alguns dentre tantos assuntos que estão sempre perpassando a questão dessa parcela da população.

Dessa forma, debater os direitos das pessoas com deficiência significa tratar sobre cidadania, igualdade, liberdade, democracia, dentre outros. Esses temas exigem uma série de estudos que envolvem justiça social e direitos humanos, devendo-se considerar as imposições econômicas e sociais que fazem dessa parcela da sociedade radicalmente excluída do meio social em que vivem.

O grande desafio se dá quanto à observância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007 (Decreto Federal nº 6.949/09), pela ruptura do modelo adotado no Brasil, que de certa forma estigmatizava a pessoa com deficiência com a adoção de meios de efetiva inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, garantindo a convivência entre os atores sociais com e sem deficiência.

Essa mudança paradigmática exigiu uma completa reformulação do sistema brasileiro, inclusive com a mudança do modelo exclusivamente biomédico da deficiência. As terminologias utilizadas na legislação e na área médica baseada exclusivamente no Código Internacional de Doenças – CID³, que serve de referência para as equipes multidisciplinares que emitem os laudos médicos nos atendimentos de pessoa com deficiência,

³ A sigla CID designa a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (em inglês: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – ICD*) e fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sintomas, aspectos anormais, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças.

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

foram alteradas para o Código Internacional das Funcionalidades – CIF⁴.

A aludida Convenção, conforme Resende (2008), também introduz novo conceito de deficiência, considerando o modelo social, baseado em direitos humanos. Assim, a deficiência não mais se encontra somente na pessoa, mas ela aparece na interação com fatores e barreiras existentes no ambiente, senão vejamos.

Pessoas com deficiência são aquelas 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 igualdades de condições com as demais pessoas. (Artigo 1º da Convenção – grifou-se).

Cumprido destacar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007, conforme dispõe o artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por se tratar de Convenção Internacional sobre Direitos Humanos, e sendo aprovada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, tem equivalência à emenda constitucional.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei Brasileira de Inclusão – LBI⁵ utiliza redação semelhante e trata-se do primeiro Projeto de Lei da Câmara dos Deputados a ser traduzido para Libras (Língua Brasileira de Sinais) durante sua discussão. Seu texto preliminar ficou sob consulta pública no portal “e-democracia”, mantido pela Câmara dos Deputados, por cerca de seis meses. Por meio deste canal foram encaminhadas cerca de mil propostas. A consulta pública virtual no portal “e-democracia” foi

⁴ A sigla CIF é um sistema novo de classificação inserido na Família de Classificações Internacionais da Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization Family of International Classifications* – WHO-FIC), constituindo o quadro de referência universal adotado pela OMS para descrever, avaliar e medir a saúde e a incapacidade quer ao nível individual quer ao nível da população.

⁵ Lei nº 13.146/15.

feita de uma forma que pessoas com deficiência visual conseguissem acessar e também pudessem contribuir.

A Lei Brasileira de Inclusão foi sancionada no ano de 2015, após 15 anos de tramitação, com vigência a partir de 02 de janeiro de 2016, com mudanças em várias áreas. É um real avanço na inclusão de pessoas com deficiência na sociedade. Um dos principais pontos desta lei é o seu objetivo de “mudar a visão sobre o conceito de deficiência”, que deixa então de ser atribuída à pessoa e passa a ser vista como consequência da falta de acessibilidade que não só o Estado, mas a sociedade como um todo apresenta.

2. COMO CONSTRUIR A PARTIR DA IGUALDADE E DIFERENÇA

Um dos aspectos mais claros do preconceito em torno da deficiência é o desconhecimento do significado e da abrangência do conceito, e até mesmo da palavra deficiência. Não é necessário buscar os mais complexos meandros dos contextos que perpassam a questão, para verificar a grande frequência de erros na utilização do conceito.

Entretanto, é possível descobrir que a construção da alteridade na sociedade influenciará sua posição frente à deficiência e será fator preponderante, no mundo de hoje, com relação a discriminação desenvolvida em relação à pessoa com deficiência.

A discussão da ideia de que democracia e diferença, igualdade e deficiência podem, em um determinado ponto da história, em uma determinada hora das preocupações do indivíduo, mostrar que juntas identificam, e podem desenvolver, pontos primordiais para a construção de um mundo novo é de fundamental importância.

A grande questão a ser debatida é como superar os principais obstáculos ao equacionamento da questão da pessoa com deficiência, que não tem um opressor direto identificável, diferentemente da análise de questões como homofobia e machismo, onde o opressor é facilmente identificado.

Pela correlação democracia-diferença passam certamente importantes questões da atualidade em seus aspectos

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

mais variados. É nessa diversidade de problemas e enfoques que poderemos compreender a diversidade do indivíduo e encontrar um ponto de reflexão para novas formas de compreender o social.

O Sociólogo Jürgen Habermas (2002) dispõe que o problema das minorias explica-se pelo fato de que os indivíduos não são abstratos, ou seja, não são amputados de suas relações de origem. De acordo com esse pensamento, uma minoria discriminada só pode obter a igualdade de direitos por meio da secessão, sob pena de velhos problemas ressurgirem com outros sinais.

Entende ainda que a discriminação não pode ser abolida pela independência nacional, mas apenas por meio de uma inclusão que tenha suficiente sensibilidade para a origem cultural das diferenças individuais e culturais específicas.

Nesse mesmo sentido, o Professor Boaventura de Sousa Santos (2010) retrata claramente as questões da desigualdade e da exclusão, quando dispõe que a primeira está ligada a uma questão de integração social e a segunda a um sistema dominado pela segregação. Ainda segundo o Professor, os dois sistemas são tipos ideais, uma vez que na prática esses grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois, em combinações complexas.

Dessa forma, a discriminação manterá o diferente à distância, o deficiente longe, segregado. O local escolhido desde sempre pela sociedade, está reservado ao diferente, ao deficiente, o lugar do preconceito e do estigma, mantido durante séculos através das posições assumidas de protecionismo e de paternalismo, que na verdade perpetuam a discriminação e negam a igualdade.

Assim, a falsa consciência desenvolvida pela sociedade em relação a pessoa com deficiência o define por uma absoluta diferença, diretamente ligada ao preconceito, à segregação, à discriminação. A igualdade negada pela falta atinge-o diretamente, marcando-o pela concepção de uma falta absoluta, pela definição de uma diferença insuperável, segrega definitivamente o diferente.

A construção do direito à igualdade, do respeito e da convivência com as diferenças, deve encontrar a resistência da permanência do paradigma, mas pode começar a ser efetuada, em relação a deficiência, se discutida a não-consciência existente na

sociedade e procurar entender as possibilidades de um processo para sua conscientização.

Poderia uma intervenção no problema, através de um trabalho de conscientização, resultar na aceitação da diferença, na consciência da deficiência, no começo do fim da marginalização da pessoa com deficiência?

Se houvesse consciência da gravidade social do problema da deficiência, suas dimensões seriam mais circunscritas e a questão seria menos aguda. A não-consciência e a falta de consciência são alguns dos dados constitutivos da natureza social do problema da deficiência. Pode-se acreditar que se trata de uma inconsciência, e uma inconsciência com enorme abrangência, perpassando a insensibilidade, o desconhecimento, o medo, o preconceito, a falta de informação, a ocultação da realidade, o paternalismo entre tantas outras atitudes.

A inconsciência permeia a sociedade e é a tal ponto comum que já não é percebida como discriminação e marginalização concreta do deficiente. Ela está presente em toda parte e a todo momento, na legislação, na arquitetura, no dimensionamento do espaço urbano, nos transportes, no ensino, nos serviços de saúde, na organização do mercado de trabalho dentre outros. O resultado dessa inconsciência generalizada é a boa consciência da cidade e do Estado, que assim têm oculto o problema de cidadania presente na questão da deficiência.

Como um dos principais invólucros que fazem o contorno da inconsciência em relação à deficiência aparece o desconhecimento do assunto, a falta de informação. A deficiência é de tal forma ignorada que mesmo seus conceitos mínimos fogem à grande maioria da sociedade.

A definição pela falta, a negação de qualidades, a imprecisão de abrangência e objeto fazem com que a questão não seja conhecida nem mesmo em seus aspectos fundamentais. E por isso mesmo, por esse desconhecimento, a informação está em falta. Ela não se faz necessária, ela é supérflua em uma sociedade onde o assunto não circula, formando uma relação eminentemente negativa entre desconhecimento e falta de informação.

Outra face dessa questão da inconsciência é formada pelo preconceito. Basicamente apoiadas no desconhecimento, e

formadas pela construção do outro em uma sociedade onde a busca da excelência elimina a deficiência, essas duas projeções da inconsciência são fundamentais no entendimento da questão.

O preconceito conciliando desconhecimento e medo, a sociedade buscando a proteção da consciência às avessas, legitimam a discriminação e constroem um mundo à parte, com a negação do deficiente e a barreira de segregação que possibilita a não-convivência e coloca o deficiente, o diferente, à margem.

A insensibilidade por um lado e o paternalismo por outro fecham o invólucro da inconsciência, ocultando a realidade e criando um mundo onde a discriminação encontra justificativa. Pela insensibilidade distancia-se o diferente, nega-se o outro. A cidadania é ferida em seu princípio de igualdade e a sociedade reafirma a discriminação na inconsciência da questão. Pelo paternalismo aceita-se o objeto, camuflando-o em diferença, em falta, fraqueza a ser superprotegida.

São essas as principais questões que formam a inconsciência sobre a questão da pessoa com deficiência. Elas fazem com que a sociedade não perceba a inconsciência e não a conheça como forma acabada da discriminação dirigida ao deficiente. A banalização da inconsciência torna possível a convivência com a questão mesmo quando ela se transforma em um problema de dimensões sociais profundas, porque ele está colocado à parte e a sociedade dele não participa, dele não toma nem mesmo conhecimento.

3. COMO É A VIDA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE?

Desde a assinatura, em 2006, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência esta questão tem sido incorporada com maior intensidade à agenda política e social de todos os países signatários. A Convenção garante o direito das pessoas com deficiência a viver na sociedade em igualdade de condições com o resto da população, inclusive garantindo o gozo de seus direitos, requerendo assim a instalação de uma rede idônea de assistência pessoal e outros serviços de apoio e ajudas técnicas.

Analisando por esse prisma, apresenta-se aqui os resultados da exploração das informações disponíveis sobre a

situação das pessoas com deficiência na América Latina e no Caribe. Cumpre destacar que os dados disponíveis são variáveis entre os países, pois as estimativas se modificam de acordo com o grau das deficiências (leve, moderada e severa) consideradas nos questionamentos dos diversos instrumentos de medição, sejam censos ou pesquisas domiciliares e/ou especializadas.

Por outro lado, proporcionará uma visão regional das necessidades geradas pelo crescimento de um grupo da população ao qual todos podem pertencer em algum momento do ciclo de vida ou ao qual pode-se estar vinculado através do cuidado de outra pessoa.

Parte-se então da análise das complexas necessidades e implicações, como a formulação de políticas públicas com um enfoque de direitos por exemplo, levando em conta que a política voltada para as pessoas com deficiência pode ser o instrumento para obter uma vida com autonomia e independência para assumir o controle dos processos de decisões que envolvem suas necessidades e constituir o mecanismo para assegurar o exercício de seus direitos e sua participação social.

Nos países da América Latina e do Caribe, a informação obtida nos censos de 2000 e 2010⁶ permite um cálculo aproximado do tamanho da questão. Entretanto, devido a uma importante diferenciação nos critérios de medição, é limitada a comparação entre os países, não sendo possível traçar um mapa preciso da incapacidade na região.

De todo modo, é possível estimar que atualmente cerca de 12,0% da população da América Latina e do Caribe vive ou menos com uma incapacidade, o que envolveria aproximadamente 66 (sessenta e seis) milhões de pessoas. Além disso, prevê-se que esta proporção aumentará devido ao envelhecimento da população e as mudanças nos estilos de vida. Isto permite prever uma pressão crescente sobre o cuidado nas famílias, sobre as redes

⁶ Dados extraídos do Panorama social da América Latina 2012 e disponibilizados no endereço: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1246/S2012895_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

disponíveis e os limitados recursos e serviços que o Estado destina a esses fins.⁷

Na maioria dos países as mulheres registram uma taxa de deficiência mais elevada que a dos homens, especialmente a partir dos 60 (sessenta) anos. Isto poderia obedecer ao fato de que a maior esperança de vida das mulheres aumenta a possibilidade de ter uma deficiência gerada por um acidente ou uma doença crônica.

Da mesma forma, as mulheres vivem essas etapas de suas vidas em um contexto de maior vulnerabilidade econômica e com altas expectativas de ficarem sozinhas, o que aumenta ainda mais o risco de que qualquer problema de saúde se transforme em deficiência, devido à falta de recursos que as impede de custear serviços de apoio e a ajuda técnica necessária para minorar o impacto das limitações adquiridas com a idade.

Além das mulheres, os grupos que apresentam maior vulnerabilidade econômica e social também têm taxas mais altas de incapacidade: os idosos, os habitantes das zonas rurais, os povos indígenas e afrodescendentes e as pessoas com menores rendas, conforme Mendez (2000). Esses grupos sofrem uma maior incidência de pessoas com deficiência (ou de maior intensidade da incapacidade) por falta de atenção oportuna e por não contar com os recursos e serviços pertinentes, bem como com políticas públicas adequadas as suas necessidades.

No Chile, Costa Rica e México as pesquisas dos últimos anos mostraram uma incidência de incapacidade proporcionalmente mais alta entre os mais pobres à medida que aumenta a idade. Embora a partir dos 40 (quarenta) anos a desigualdade seja evidente, ela se torna especialmente notável nas pessoas de 60 (sessenta) anos ou mais.

Isto demonstra que existem fatores de contexto que vão exercendo um efeito cada vez maior conforme se avança o ciclo de vida, onde os recursos econômicos e sociais claramente pesam

⁷ A velocidade de expansão relativa da população acima de 60 anos na América Latina, e especificamente da população acima de 80 anos, apresenta desafios enormes aos serviços de cuidado e seu financiamento e ao tratamento da sociedade, já que haverá uma porcentagem claramente superior de pessoas com deficiências por causa deste envelhecimento.

para poder antecipar-se a uma velhice com maior ou com menor autonomia. Por tal razão, são ainda mais importantes as políticas que possam contrabalançar estas diferenças de trajetórias segundo o nível de renda das pessoas.

A falta de recursos das famílias, o custo dos apoios técnicos e serviços de cuidado e os obstáculos à geração de renda que enfrentam as pessoas com deficiência e os que cuidam delas potenciam o impacto negativo das deficiências sobre a qualidade de vida dos afetados, o que inclui seu empobrecimento.

A qualidade de vida das pessoas com deficiência também está relacionada com o tipo de limitação que devem enfrentar, tanto pelas dificuldades ocasionadas pelos próprios tipos de deficiência (sensorial, intelectual ou física) como pelas diferenças na resposta do ambiente a cada uma delas quanto à capacidade de autocuidado, adaptação do meio físico, participação social, oferta de oportunidades educativas e profissionais e respeito do direito à autodeterminação.

Segundo informação de 18 (dezoito) países da região, prevalecem na América Latina e no Caribe as limitações visuais e de mobilidade, seguidas pelas deficiências da audição na América Latina e das dificuldades relacionadas com a deficiência intelectual no Caribe. A deficiência visual e a física são as que menos impacto negativo têm no acesso à educação e ao emprego, enquanto as pessoas com deficiências cognitivas e intelectuais ou com pouca capacidade de autocuidado são as que encontram mais obstáculos para integrar-se à atividade econômica e social.

As dificuldades para atender às necessidades de cuidado das pessoas com deficiência dependem de seu grau de autonomia funcional e de independência, que tem relação com as características dos tipos de deficiência com os quais devem viver. Por sua vez, o tipo de deficiência com a qual deve viver uma pessoa influi de maneira acentuada em suas oportunidades de participação social.

A informação sobre o auxílio escolar das pessoas com deficiência de 13 (treze) a 18 (dezoito) anos em 17 (dezessete) países da América Latina e do Caribe revela uma grande dificuldade de acesso segundo o tipo de deficiência, tendo em vista que o percentual de acesso vai desde 17% no caso das

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

pessoas com deficiência intelectual em El Salvador, até 100% no caso das pessoas com deficiência auditiva nas Bermudas. Quanto aos resultados educativos, a deficiência visual, a auditiva e a dificuldade de locomoção são as limitações que menos atrapalham.

Seguindo essa linha, a atividade econômica das pessoas com deficiência varia em função do tipo de deficiência, uma vez que em 14 (quatorze) países observa-se que as pessoas com deficiência visual são as que têm mais facilidade para incorporar-se à força de trabalho, superando a participação econômica total das pessoas com deficiência em todos os países, com exceção de Barbados e Santa Lúcia.

As pessoas com deficiência auditiva e física têm mais oportunidades que as pessoas com deficiência intelectual. Em todos os casos, o percentual de pessoas de 15 (quinze) anos ou mais com algum tipo de deficiência que são economicamente ativas é mais baixa que o das pessoas sem deficiência.

Segundo o primeiro Relatório Mundial sobre Deficiência da Organização Mundial de Saúde, publicado em 2011, as pessoas com deficiência necessitam de apoio e assistência para conseguir uma boa qualidade de vida e participar na vida econômica e social em igualdade de oportunidades com as outras pessoas.

Embora exista uma parcela de pessoas com deficiência na América Latina residindo sozinhas, a maioria recebe cuidados e apoios por parte de membros da família com diversos sistemas de convivência. Esta situação tem um efeito importante no bem-estar emocional e financeiro da família, o que evidencia a insuficiência da oferta de políticas públicas por parte dos Estados, do mercado e das organizações civis.

Contudo, o problema vem sendo pouco enfrentado nos países da região, o que se reflete na expansão de programas governamentais que oferecem apoio aos familiares, na concessão de serviços de cuidado domiciliares e de apoio à vida independente e na implementação de programas orientados a impulsionar o gozo dos direitos econômicos e sociais por meio do acesso à educação inclusiva, emprego e cobertura de seguridade social de pessoas com deficiências.

Os tipos de programas que os governos da região oferecem não incluem serviços de atenção domiciliar para as pessoas com deficiência e seus familiares, muito menos provisão de ajuda técnica, órtese e prótese, seja diretamente ou através de financiamento para sua aquisição. Não há adaptação de moradias para as pessoas com deficiência, nem centros de cuidado e de reabilitação.

A análise mostra que uma minoria de países da América Latina e do Caribe oferece benefícios não contributivos cuja entrega é independente da atividade laboral, enquanto a maioria concede subsídios familiares, benefícios focalizados, pensão mínima garantida à pessoa com deficiência ou a seus filhos com deficiência.

CONCLUSÃO

A questão da ausência de políticas públicas é hoje o centro das discussões, mas só poderá ser encaminhado com um movimento de construção social no qual Estado e sociedade trabalhem juntos os direitos de cidadania.

No Brasil, examina-se o fracasso do Estado em desenvolver de forma centralizada esse trabalho e propõe-se uma tarefa conjunta que, harmonicamente, una as diferentes formas de contribuição para poder obter resultados mais adequados, transformadores e duradouros, através do apoio institucional do Estado no cumprimento pleno de seus deveres e da sabedoria das práticas da comunidade.

Essa tarefa é extremamente difícil em um país com nossas características de pobreza, marginalidade e violência, mas o significado dessa aproximação é altamente positivo e dele poderá resultar uma nova dimensão de encaminhamento para nossas questões sociais.

Aqui a parceria Estado e Sociedade tem na questão da pessoa com deficiência um significado diferente, que resulta de omissão e descaso. O lugar da omissão e o vazio da irresponsabilidade teve que ser ocupado pela comunidade das pessoas com deficiência, por aqueles que, através da necessidade, tiveram que encontrar soluções imediatas, e é por isso que no

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

Brasil grande parte de seu atendimento é realizado precariamente por instituições da sociedade civil.

As ajudas técnicas e os métodos e técnicas de educação e saúde possibilitariam que essa população vivesse perfeitamente integrada e tivesse sua cidadania plenamente exercida, e é isso que acontece em outros países mas não é assim no Brasil.

Também em relação às órteses e próteses para o deficiente físico, aquele que tem dificuldades motoras, o mesmo perfil desumano de concessão é repetido. O Estado presta como favor o que é sua obrigação, ou a sociedade faz como caridade o que é obrigação do Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Convenção da ONU asseguram uma discriminação positiva às pessoas com deficiência: que elas sejam privilegiadas e não excluídos.

O movimento de pessoas com deficiência existe e diferentes foram suas formas de nascer e sobreviver, mas todas tiveram um sentido de necessidade e reivindicação comum: enfrentar, com as infinitas e solitárias possibilidades do homem, o vazio criado pela falta de consciência generalizada do Estado e da Sociedade no atendimento à pessoa com deficiência.

O desconhecimento, o medo, o preconceito e o paternalismo tornaram a discriminação de tal modo banal que em toda parte encontramos seus sinais: nas ruas, no transporte, no ensino, no mercado de trabalho, nos centros de saúde. Essa atitude permeia instituições públicas e privadas e não é percebida como marginalização.

E foi dessa inconsciência generalizada que se transformou o que era direito e dever em favor.

E essa violência faz parte do olhar da sociedade sobre a pessoa com deficiência e é como se os que trabalham com a questão estivessem sob o mesmo estigma. O olhar do outro, o olhar de quem se dispõe a escutar o assunto é o olhar de estar frente a algo que constrange, como já se anunciasse o pedido de esmola. E ninguém gosta de pedir esmola.

O direito de cidadania dado como favor é uma violência. A esmola do apoio suplicado a projetos e demandas mínimas é uma violência. E é a isso que a pessoa com deficiência

está sujeita: a conquistar seus direitos de cidadania pela vertente do favor.

Não é de favores que essa parcela da população precisa, mas sim do cumprimento do dever do Estado de dar acesso aos diferentes serviços que formam e constroem a cidadania de cada um dos cidadãos. O que se precisa do Estado, da Sociedade e de cada comunidade é um novo olhar de respeito e a efetiva inclusão.

Não se quer mais a violência do favor para os milhões de brasileiros que não têm cidadania e nem do Estado como favor o que é devido como obrigação.

Para tal se faz necessário, a nosso vez, procurar *ultrapassar* (em sua dupla acepção de “passar por” e “transcender”) a chamada teoria liberal dos direitos fundamentais, e assumir o desafio de proceder à desconstrução dos argumentos defendidos, na seara judicial, pelo Poder Público, sobretudo com o fito de negar o fornecimento de um dado serviço de saúde e atendimento às pessoas com deficiência. Eles podem ser assim sintetizados:

(a) que o art. 196 da nossa Carta Magna, que assegura a todos o direito à saúde, neste reconhecendo um dever indeclinável do Estado, não tem o alcance nem a dimensão valorativa que lhe vêm sendo atribuídos pelo Judiciário, sob a alegação de que se trata de norma constitucional de eficácia contida ou limitada – ponto de vista amplamente derrotado pelos novos conceitos de efetividade, Direitos Fundamentais e outros;

(b) que a Constituição Federal tem como princípio norteador básico *a reserva do possível*, o que significa admitir que os direitos ditos sociais só podem ser respeitados quando houver recursos financeiros públicos suficientes para tanto;

(c) que o Poder Judiciário não tem competência para decidir sobre a alocação e destinação de recursos públicos.

Essas alegações da Administração, devem ser resultadas, em defesa da vinculatividade normativo-constitucional própria aos direitos fundamentais do porte do direito à saúde e aos recursos possibilitadores do atendimento aos deficientes —; isso se sustenta num quadro histórico-político em que as principais críticas construídas contra o sistema de direitos fundamentais garantidos por nossa Constituição cidadã se relacionam aos direitos ditos sociais, entre os quais se costuma ainda alinhar

erroneamente o direito à saúde, que transitou, para o patamar de um direito universal, individual, fortemente subjetivo — e é assim que este se converte em objeto de ação no âmbito judicial.

Nessa mesma linha de entendimento, assevera-se que, em termos de América Latina, Caribe e do Brasil, a efetividade do direito dos deficientes e de outros direitos prestacionais de seu porte não se alcança com a simples vigência da norma e, por isso mesmo, não se resolve no plano exclusivamente jurídico, convertendo-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa Portadora de Deficiência: direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Coord: FERRAZ, Carolina V.; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 5 ed., Brasília, OAB, 2004, 479-481
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- _____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- _____. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em

- Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- _____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.
- _____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008; Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4 ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRAZ, Carolina Valença. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.
- MENDEZ, Juan. O'DONNELL, Guillermo. PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Democracia, Violência e Injustiça**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- NEME, Eliana Franco. **Dignidade, Igualdade e Vagas Reservadas**. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. São Paulo: RT, 2005.
- Panorama social da América Latina 2012** - Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1246/S2012895_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jul. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Um breve olhar sobre a situação das pessoas com deficiência ...

- RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. (Coord.). **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: versão comentada.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** 3^a. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso.** 2. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- WALZER, Michel. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Compliance, Governança e Transparência na Administração Pública à luz da Lei de Acesso à Informação Brasileira

ADRESSA CATTAFESTA DE OLIVEIRA¹

MARGARETH VETIS ZAGANELLI²

Universidade Federal do Espírito Santo (Brasil)

1. INTRODUÇÃO

A administração pública brasileira respalda-se no texto constitucional e em diversos diplomas normativos para a sua organização. Nesse cenário, a incorporação de técnicas de gestão e controle, inicialmente implementadas na iniciativa privada, coadunam-se à atual dinâmica social que requer transparência, adequada gestão dos recursos públicos e a respectiva prestação de contas, atendendo à conformidade legal.

Nesse contexto, este artigo aborda a compliance, a governança e a transparência no âmbito da administração pública, especialmente focalizadas por meio da aplicação da Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação (LAI). Com base em seus conceitos estruturantes são apresentados cada um desses institutos e, em sequência, uma visão geral sobre a LAI.

O inter-relacionamento da compliance, governança e transparência com a LAI destaca a importância da legislação,

¹ Andressa Cattafesta de Oliveira (Mestranda em Gestão Pública – Universidade Federal do Espírito Santo; Especialista em Direito Público - Faculdade Damásio; Graduada em Direito – Universidade de Vila Velha). E-mail: Andressa.vix@hotmail.com.

² Doutora em Direito – Universidade Federal de Minas Gerais; Mestre em Educação – Universidade Federal do Espírito Santo; Estágio Pós-doutoral – Alma Mater Studiorum Università di Bologna e na Università degli Studi di Milano-Bicocca; Professora Titular – Universidade Federal do Espírito Santo). E-mail: mvmetis@terra.com.br.

ressaltando a adoção desse paradigma legal do direito fundamental de acesso à informação no Estado brasileiro, salientando seus princípios e ainda os papéis programático, concretizador e sancionador da LAI ao exercer o estímulo ao controle social e ao desenvolvimento de boas práticas na administração pública.

2. CONCEITOS ESTRUTURANTES

2.1. Administração Pública Brasileira

A evolução da Administração Pública brasileira leva em consideração as diversas reformas administrativas que resultaram em novas estruturas do Estado brasileiro, repercutindo diretamente em suas práticas. De uma forma geral, a evolução estatal implica, mesmo que em diferentes graus, na evolução da administração pública, uma vez que a implantação de reformas administrativas apresentaram como resultado a redução da atuação do Estado no papel de executor direto de serviços, mantendo-o, no entanto, no papel centralizador das suas funções e como promotor e coordenador estratégico na busca pelo desenvolvimento da sociedade (DIAS, 2012, p. 80).

O conceito fundamental de Administração Pública, apresentado por Mazza (2014, p. 50), afirma que ela “é o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do Poder a que pertençam”. Compreendida em seu sentido subjetivo, formal ou orgânico, a expressão “Administração Pública” designa os entes que exercem a atividade administrativa, compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer a atividade estatal administrativa. Já o sentido objetivo, material ou funcional da expressão (grafada com iniciais minúsculas) designa a função administrativa em si, exercida na defesa concreta do interesse público (MAZZA, 2014, p. 50).

A estrutura da Administração Pública Federal brasileira foi definida por meio da norma do Decreto-Lei nº 200/1967, sendo que alguns de seus conceitos foram incorporados à Constituição Federal de 1988, tal como a distinção entre administração direta e indireta, que também se encontram reproduzidos na esfera estadual, municipal e distrital. Nesse diapasão, compreendem-se por Administração Direta: aquela que

é constituída pelos serviços integrados na estrutura administrativa do Poder Executivo; e por Administração Indireta: as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, que nesse caso são dotadas de personalidade jurídica própria (BRASIL, 1967).

Nesse âmbito, cabe ressaltar também o conceito de órgão e entidade, identificados na Lei nº 9.784/1999 - Lei Federal do Processo Administrativo, na qual “órgão” representa a “unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta” e “entidade” representa “a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica” (BRASIL, 1999).

2.2. Compliance

O instituto da compliance, habitualmente conceituado sob aspectos relacionados ao âmbito empresarial privado, “é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa” (RIBEIRO; DINIZ, 2015, p. 88), apresentando, no entretanto, um alcance bem mais amplo, que não deve ser confundido apenas como o cumprimento de regras. No mesmo sentido Caldeloro, Rizzo e Pinho afirmam que a compliance “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (2012, p. 30).

Por esse parâmetro, a compliance – geralmente apontada como sinônimo de conformidade legal, deve ser encarada como um mecanismo de controle dos riscos legais ou de regulação governamental, envolvendo uma estratégia de gestão que pode ser aplicada aos diversos tipos de organização e na prevenção de possíveis práticas criminosas, tais como a fraude em licitações, lavagem de dinheiro, apropriação ilícita de recursos públicos, além de outras ações adstritas à corrupção. A amplitude da compliance engloba não só estudo do risco legal ou regulatório – ao se verificar as possíveis não-conformidades normativas tais como definidas pelo Estado, como também o gerenciamento das distinções das suas funções, conflitos de interesse, adequação ao

mercado, adoção de medidas anticorrupção dentre outras. “Este arcabouço regulatório tem como fonte leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta” (COIMBRA; ALESSI, 2010, p. 2).

Na administração pública, a definição de compliance está vinculada às regras e normas que podem constar explícitas na legislação ou sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos de cada país, além daquelas atreladas às decisões administrativas e até mesmo às impostas juridicamente. Dessa forma, adaptando-se o estudo de Candeloro e Rizzo (2012, p. 37–38) à administração pública, temos que a implantação de uma política de compliance pode contemplar diversos objetivos, dentre os quais: cumprir a legislação nacional e internacional, atender a organismos de controle, incluindo o controle social; prevenir demandas judiciais; dar transparência à administração; evitar o conflito de interesse entre atores diversos; ser uma ferramenta anticorrupção; evitar o ilícito da lavagem de dinheiro; e ainda, disseminar os valores de compliance na cultura organizacional.

Verifica-se, ainda, que o Estado brasileiro mantém em sua estrutura diversas entidades atreladas à finalidade regulatória, intimamente relacionada com a prática do compliance aqui definida, tais como o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), a Controladoria-Geral da União (CGU) e as agências reguladoras - Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), Agência Nacional de Cinema (Ancine), Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e Agência Nacional do Petróleo (ANP).

No aspecto normativo, pode-se destacar diversos diplomas que abordam difusamente as orientações que integrariam o arcabouço normativo afeto à implementação de programas de compliance, envolvendo, direta ou indiretamente, a esfera pública. Dentre os mais representativos pode-se citar a Convenção das

Nações Unidas contra a Corrupção (2003), a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997) – referendadas no Brasil, respectivamente pelos Decreto nº 5.687/2006, Decreto nº 4.410/2002 e Decreto nº 3.678/2000, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) – ao disciplinar os crimes praticados contra a Administração Pública, a Lei nº 6.385/1994 (Mercado de Valores Mobiliários), a Lei nº 8.027/1990 (Código de Ética dos Servidores Públicos), a Lei nº 8.429/1992 (Improbidade Administrativa), a Lei nº 8.666/1993 (Licitações), a Lei nº 8.884/1994 (Proteção da Ordem Econômica), a Lei nº 9.613/1998 (Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) e a norteadora deste estudo que é a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Todavia, destaca-se, a visão legal apresentada na Lei nº 12.846/2013 que, em seu artigo 7º, inciso VIII, preconiza que os programas de compliance constituem mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. Conforme Gabardo e Morettini e Castella (2015, p. 133) esclarecem, esse dispositivo coaduna-se em grande parte ao disposto na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção no que diz respeito à adoção de medidas para prevenção à prática da corrupção e melhoria das normas contábeis e de auditoria, referindo-se especificamente ao âmbito privado, entretanto perfeitamente aplicáveis à administração pública conforme depreende-se deste estudo.

Nessa perspectiva, Breier (2015) ressalta que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção faz referência à “[...] necessidade de instituição de um programa de gestão pública para assuntos que digam respeito a temas como: bem público, integridade, transparência e controle das contas públicas”, além da “implementação de Códigos de Conduta para servidores públicos, que visam a combater preventivamente a corrupção, através do

desenvolvimento institucional de princípios relacionados à integridade, à honestidade e à responsabilidade do agente estatal”. Breier (2015) ainda destaca que a Convenção Interamericana contra a Corrupção determina aos Estados signatários que adotem normas de conduta para o desempenho da função pública, estabelecendo medidas e sistemas exigindo uma conduta íntegra por parte dos agentes públicos, com a finalidade de prevenir, detectar e punir atos de corrupção.

2.3. Governança Pública

A governança, inicialmente conceituada como governança corporativa, está nas empresas privadas - desde a década de 1980, relacionada à tentativa de proteger os acionistas de abusos cometidos pelos controladores societários. Nesse cenário, ela preconiza a necessidade de a empresa disponibilizar informações, além das obrigatoriamente estabelecidas por meio da legislação, ao mercado e, especialmente, aos acionistas.

Com as adaptações necessárias, a governança pública vem sendo apontada como um novo paradigma, destacando-se como prática facilitadora da troca de informações entre governo e sociedade (SCOLFORO; CARDOSO, 2015, p. 43–44). Dessa maneira, no âmbito das ciências políticas e da administração pública, a governança é concebida como um modelo horizontal de relação entre atores públicos e privados, que têm ou deveriam ter o direito de influenciar a construção das políticas públicas (PISA, 2014, p. 103). Destaca-se, todavia, que a governança no setor público se refere “[...] à capacidade do Estado de implementar as políticas necessárias para o alcance dos objetivos comuns e pressupõe o aperfeiçoamento dos meios de interlocução com a sociedade, ao passo que sejam promovidas ações que garantam a maior atuação do cidadão e a responsabilização dos agentes públicos” (PISA, 2014, p. 18).

Nesse mesmo sentido, conforme ressaltam Scolforo e Cardoso (2015, p. 48), a governança pública “está associada à dimensão sociopolítica do Estado e às políticas de desenvolvimento sociais que se fundamentam em elementos estruturais de gestão, responsabilidades, transparência e legalidade do setor público”. Assim, a transparência, no contexto da

governança pública, é amplamente citada como um de seus princípios básicos, ao lado da equidade, da prestação de contas (accountability) e da responsabilidade corporativa. Há que se ressaltar, entretanto, que as informações confidenciais também requerem o gerenciamento específico a ser adotado no âmbito da governança pública.

Destaca-se, todavia, que na administração pública, “a integração das novas tecnologias da informação favorece o conceito de democracia”, uma vez que aproxima “o poder governante e os governados” e que “a democracia está altamente conectada com a informação, mas esta informação deve estar acessível e transparente, ... [para] que haja interação e acessibilidade por parte dos cidadãos” (FERNANDES; SANTOS; SOCIAL, 2014, p. 3). A utilização de tecnologias da informação e comunicação torna-se, portanto, imprescindível para o desenvolvimento de mecanismos que permitam à administração pública oferecer maior transparência e prestação de contas à sociedade, a fim de que sejam oferecidas as respostas às exigências sociais referentes ao emprego dos recursos e à efetividade das ações dos órgãos e entidades públicas (PISA, 2014, p. 18).

O Decreto nº 8.638/2016 que institui a Política de Governança Digital brasileira, no âmbito dos órgãos e das entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, ressalta que a administração pública deve dispor de recursos de tecnologia da informação e comunicação como mecanismos para melhorar a prestação de serviços públicos e a disponibilização de informação, além de incentivar a participação da sociedade no processo de tomada de decisão, aprimorando a responsabilidade, transparência e efetividade do governo. Dessa forma, o Estado brasileiro reconhece a utilização da tecnologia como componente indispensável à promoção de serviços públicos digitais, à viabilização do acesso à informação e à ampliação da participação social, em razão do desenvolvimento de novas tecnologias, do crescente volume de dados e da rapidez e intensidade das inovações sociais (BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2016, p. 7).

A Estratégia de Governança Digital (EGD) da Administração da Pública Federal aprovada mediante a edição da

Portaria nº 68/2016 (referente ao período de 2016 - 2019) é apontada pelo Governo Federal como o início da implantação de um novo paradigma na gestão pública, “[...] explorando, potencializando e orquestrando sinergias que promovam maior eficácia, eficiência, efetividade e economicidade do Estado Brasileiro” (BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2016, p. 7). Nessa diretriz, destacam-se, portanto, as ações de governança relacionadas ao acesso à informações e transparência pública adotadas pela Administração Pública Federal envolvendo a disponibilização de informações por meio de portais eletrônicos.

Por esse enfoque, verifica-se que a utilização da internet para a disseminação de conteúdo de interesse público por parte do Governo Federal ganhou novas proporções a partir do lançamento, em 2004, do Portal da Transparência do Governo Federal. Esse Portal, desenvolvido por iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU) e formalizado por meio do Decreto nº 5.482/2005, inicialmente, tinha por objetivo fornecer informações sobre os gastos públicos, apresentando os gastos diretos do Governo Federal, as transferências feitas para os demais entes federativos e entidades não governamentais e convênios firmados envolvendo recursos públicos. Com a instituição das Páginas de Transparência Pública para os órgãos do Governo Federal, por força da Portaria Interministerial nº 140/2006, a publicação de informações complementares sobre a gestão dos recursos, em especial aquelas sobre licitações, contratos e despesas com passagens e diárias, também passou a ser obrigatória.

Atualmente, o Portal da Transparência, que pode ser acessado por meio do endereço eletrônico <http://transparencia.gov.br>, apresenta como objetivo “aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, [s.d.]). Porém, é visível que o escopo do Portal se ampliou, extrapolando a visão sobre o dinheiro público para uma visão sobre o emprego de recursos públicos. Além das informações sobre as despesas – e também receitas, o Portal informa sobre imóveis funcionais, quadro de servidores, incluindo a divulgação de salários mensais, pessoas e organizações impedidas de fazerem contratos com a

administração pública, dentre outras informações, muitas delas atualizadas diariamente. Baseados na previsão legal contida na Lei nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e ampliada pela Lei nº 131/2009 – Lei Capiberibe ou Lei da Transparência, páginas de transparência publicadas na internet foram implementadas não só por órgãos e entidades do Governo Federal, mas também por estados, municípios e Distrito Federal.

De uma forma geral, o estudo das boas práticas de governança apresenta quatro pilares fundamentais, quais sejam: a) integridade ética – vinculada aos objetivos das instituições; b) transparência das informações – que será especificamente abordado na seção seguinte deste artigo; c) prestação de contas e responsabilização – resultando na adoção de melhores práticas contábeis e de auditoria; e d) compliance – conforme já apresentada neste artigo.

2.4. Transparência Pública

O sentido atual da expressão transparência surgiu na década de 1970, como um contraponto à cultura do segredo estabelecida pelo modelo de administração tradicional (RODRIGUES, 2013, p. 423). É reconhecida como a ação daqueles que detêm a informação e a ela faculta a sua disponibilização, visto que dar o conhecimento do conteúdo informativo relacionado a acontecimento, fato, ação ou situação é o objetivo da transparência (BARROS, 2008, p. 173).

Atualmente, difunde-se, de modo simplificado, o entendimento de que “a transparência pública se relaciona à publicidade das ações do Estado” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2014, p. 9). Entretanto, a transparência contempla um espectro mais amplo e “[...] remete a uma prática e a um conjunto de dispositivos que permitiriam um controle mais efetivo dos atos do governo, bem como a sua compreensão pela sociedade [...]” (RODRIGUES, 2013, p. 424). Em sentido oposto, “a inexistência ou baixa transparência reduz a credibilidade da instituição, gerando uma maior percepção de que as informações públicas continuam sigilosas e de difícil acesso no país” (MONTEIRO, 2014, p. 27), nesses casos verifica-se

habitualmente a utilização do termo “opacidade” em oposição ao termo “transparência”.

É importante ressaltar, assim como o faz Monteiro (2014, p. 14), que a transparência está diretamente relacionada com a prestação de informações vinculadas aos gastos que estão sendo realizados e de como as informações públicas estão sendo disponibilizadas. Não se trata tão somente de saber para onde está indo o dinheiro público, mas também dos impactos desses gastos, da melhoria dos serviços públicos, de um atendimento com qualidade ao cidadão. Nesse mesmo sentido, a CGU destaca que: “A promoção da transparência e do acesso à informação é considerada medida indispensável ao fortalecimento das democracias modernas, uma vez que possibilita que o poder público seja exercido de forma aberta e às vistas dos cidadãos, os quais podem, dessa forma, acompanhar, avaliar e auxiliar no controle da gestão daquilo que é público” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2013a, p. 2).

Rodrigues (2013, p. 424) destaca ainda que o objetivo principal da transparência consiste em “[...] informar os cidadãos sobre os atos governamentais, bem como implicá-los na vigilância e controle das decisões”, e que “[...] manter os cidadãos informados configura-se como uma prática democrática que subentende um diálogo constante entre os diversos atores sociais e o Estado”. Freire (2014, p. 28) reforça essa ideia ressaltando que “[...] a finalidade da transparência só é alcançada por meio da conversão da informação em instrumento de ação do cidadão”, de forma que “[...] encontrar e entender a informação que está sendo publicada é fundamental para que ela seja apropriada e utilizada pela sociedade”.

Nessa lógica, Monteiro (2014, p. 27) defende ainda que “a inexistência ou baixa transparência reduz a credibilidade da instituição, gerando uma maior percepção de que as informações públicas continuam sigilosas e de difícil acesso no país” e Zancaner (2015, p. 30) complementa a questão salientando que “o Poder Público deve, também, colocar à disposição dos administrados todas as informações necessárias para que estes possam conhecer não apenas as informações de interesse público, mas a vida estatal em sua intimidade”.

Em que pese a dispersa produção normativa relacionada à transparência pública no Estado brasileiro, contidas em textos constitucionais, lei, decretos presidenciais e portarias do Poder Executivo Federal, os diversos normativos sobre o assunto, correspondem a diferentes aspectos que podem ser associados ao ideário da transparência pública, sob abordagens diversas.

Dentre os normativos que mais expressam a mudança cultural em relação à transparência pública destacam-se a LRF, a Lei Capiberibe e a LAI. A LRF ganhou destaque ao estabelecer responsabilização e sanções aos agentes públicos em função de seu descumprimento, a Lei Capiberibe por ampliar as características de transparência da LRF e a LAI por “considerá-la não somente como uma forma de inibir a prática de más condutas e prevenir a corrupção, mas também como uma ferramenta poderosa para a melhoria da gestão pública e da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos” (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2013b, p. 15).

Destaca-se ainda que, paralelamente à significação da transparência abordada neste estudo, existem movimentos de transparência em outros setores da sociedade e não somente no que se refere ao governamental, também garantido por instrumentos legais. Um exemplo é a Lei nº 12.741/2012 que também recebeu o apelido por alguns de Lei da Transparência, entretanto, ela trata de assuntos correlatos ao Direito do Consumidor, determinando que sejam informados os tributos referentes à venda de produtos e serviços nas respectivas notas fiscais, em todo o território nacional.

3. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO BRASILEIRA (LAI) – LEI Nº 12.527/2011

A Lei nº 12.527/2011, publicada em 18 de novembro de 2011 e vigente a partir de 16 de maio de 2012, é uma lei ordinária nacional, editada visando regulamentar o direito constitucional de qualquer pessoa, física ou jurídica, de solicitar informações de interesse particular, coletivo ou geral, a órgãos e entidades públicas brasileiras, de todas as esferas e poderes. Em seu texto, encontram-se estabelecidas obrigações para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios do país, abrangendo os poderes

Executivo, Legislativo e Judiciário e as Cortes de Contas e Ministérios Públicos.

As empresas públicas, as sociedades de economia mistas e as prestadoras de serviços públicos também se subordinam à LAI, excetuando-se as interventoras no domínio econômico por competirem em condição de igualdade com as empresas privadas. “Cabe aqui, ainda, esclarecer que as entidades privadas sem fins lucrativos, que recebam recursos públicos a qualquer título, também estão obrigadas, pela Lei da Transparência, a prestar informações sobre o emprego e a utilização desses recursos” (ZANCANER, 2015, p. 27), ficando, entretanto, desobrigadas a demonstrar publicamente as contas que se referem à utilização de recursos originários da iniciativa privada.

Antes da vigência da LAI, o direito ao acesso à informação era regido por diversos dispositivos dispersos, que tratavam a questão apenas parcialmente (PAES, 2011, p. 441). “O histórico legislativo da LAI aponta a evolução do direito da informação, o qual foi ampliado para o controle e transparência pública e ao acesso aos arquivos e informações das atividades desempenhadas pelo Estado” (KRAMER; BERTOTTI, 2015, p. 373).

Ao regulamentar a questão do acesso à informação em poder do Estado, a LAI levou em consideração dois aspectos: o que considera o direito à informação sobre atos públicos de interesse geral, em caráter permanente e submetidos a restrições apenas caso se refiram à segurança da sociedade e do Estado e o que considera o direito ao acesso às informações sobre o indivíduo, referindo-se à intimidade, honra, privacidade e seus desdobramentos, tais como a proteção contra discriminações, segurança pessoal, etc.

A Lei nº 12.527/2011 expressa, ainda, o compromisso do Estado em fornecer informações aos interessados, estabelece diretrizes básicas para a gestão da informação, define conceitos essenciais à sua exata compreensão e aplicação, delimita prazos e procedimentos para o seu cumprimento e prevê punições que devem ser aplicadas aos servidores públicos que se recusarem, destruírem ou dificultarem o acesso às informações públicas.

A LAI também reviu os critérios e procedimentos para a classificação de informações e as regras para acesso a informações sigilosas e dados pessoais, que deve ocorrer de forma gratuita, podendo haver cobrança apenas de custos de reprodução, como fotocópias e impressões, desobrigando, entretanto, do pagamento referente à reprodução aquele que se declarar pobre nos termos da Lei nº 7.115/1983 (BRASIL, 1983).

4. DISCUSSÃO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

A compliance, conforme apresentada, constitui fundamento basilar às boas práticas de governança. Depreende-se, portanto, que o desenvolvimento de mecanismos de compliance visa a prevenção de ilícitos praticados em virtude do descumprimento de comportamentos de boa conduta tanto no ambiente interno como no externo aos órgãos e entidades, sejam elas públicas ou privadas, alcançando os funcionários (incluindo os agentes públicos), pessoas jurídicas e física (representadas pelos fornecedores e consumidores/usuários) e o próprio Estado.

A evolução da legislação sobre o tema encontra na LAI a marca da mudança do paradigma da administração pública, destacando a importância do direito ao acesso à informação para propiciar a transparência requerida, gerando padrões de gestão, valendo-se de boas práticas para coibir atos associados à corrupção, cuja a aplicação as sanções administrativas, conforme previsto na LAI, a destaca no contexto programático, concretizador e, porque não dizer, sancionatório com o qual ela se ocupa do tema.

Ao ressaltarmos na LAI o estímulo à participação e controle social, verificamos a criação de um canal confidencial para o recebimento de denúncias – por meio do Serviço de Informações ao Cidadão (SIC), tal como funcionam as ouvidorias (também reconhecidas como instrumento de participação social) – receptor dos requerimentos que em alguns casos podem gerar a respectiva apuração e, se for o caso, o devido encaminhamento à alta direção para que providências visando a adequação e, até mesmo, a imposição de penalidades relacionados ao cumprimento de eventual descumprimento de conduta. Nesse viés, a LAI

também estabelece responsabilizações que alcançam aos agentes públicos no caso de desrespeito à sua finalidade.

Destaca-se ainda que ao se implementar a LAI à prática da compliance no que se refere ao acesso à informação pública, um rol mínimo de diretrizes já resta estabelecido legalmente, fazendo do acesso a regra e do sigilo a exceção. Dessa forma, os recursos tendem a ser utilizados de forma mais eficiente e proativa – a exemplo da previsão de atualização das respostas às perguntas mais frequentes em função da recorrência de questionamentos recebidos via SIC. A divulgação dos programas e ações, conforme estabelecido na LAI, propicia que eles sejam mais conhecidos e conseqüentemente mais transparentes, quiçá todas as informações executivo-orçamentárias a que se vinculam, dada a previsão de divulgação em tempo bem próximo ao real da ocorrência de cada atualização fática. A própria disseminação dos estatutos e demais informações institucionais facilita a adaptação de novos servidores à cultura organizacional da instituição pública, e todo esse conjunto de informações possibilita aos gestores públicos informações qualificadas e úteis ao processo decisório e atuação estratégica para o alcance de sua finalidade pública.

Verifica-se nessa seara que, conforme adaptação dos apontamentos realizados por Gabardo e Moretti e Castella (2015, p. 134–135), os programas de conformidade também estão ligados à denominada “governança corporativa”, ou seja, um sistema de direção e organização que abarcam mecanismos regulatórios, não se limitando aos sistemas de controle internos da instituição para prevenir a realização de eventuais operações ilegais e gerenciar riscos, que podem acarretar prejuízos ao interesse público. Enfatizando o caráter de credibilidade e acreditação, mantendo em voga o princípio do interesse público.

O acesso à informação pública necessita ser compreendido como resultado do amadurecimento da teorização sobre governança democrática e de uma concepção de cidadania que avançou muito, mas que desafia meios de incorporação, à imbricada relação Estado/sociedade, de esteios de responsabilidade estendida e de razoabilidade, ancorada em limitações impostas pelo desenho da realidade e conformada

segundo a medida das capacidades existentes, tal como também asseveram Pires, Costa e Cordeiro (2013, p. 20) em seus estudos.

O exercício do direito de acesso à informação deve balizar-se pelo princípio da boa-fé e por um juízo de moderação a ser observado nos processos de positivação e de aplicação-interpretação da norma jurídica garantidora do acesso, com vistas a evitar abusos e o desvirtuamento da teleologia do texto constitucional e da vontade em essência do constituinte: atender aos anseios pós-modernos por democratização da atuação estatal e tutelar o interesse público, entendido como aquele que ampara a demanda do cidadão como parte de uma coletividade engajada na construção de uma institucionalidade democrática e legítima. Em um cenário democrático pós-moderno, a interpretação de postulados e institutos jurídicos que norteiam a relação estatal/societal deve ser significada pelo constitucionalismo, mas, essencialmente, por configurações da realidade que regem o próprio ordenamento jurídico. Um novo exercício de democracia necessita da construção coletiva da ideia de responsabilidade compartilhada, a partir do pressuposto de que a governança não se esgota na estatalidade: ao contrário, robustece-se pela atuação confluyente de outros atores participantes do projeto democrático (PIRES; COSTA; CORDEIRO, 2013, p. 20–21).

Para a implementação da governança, a Lei de Acesso à Informação atua como uma garantia estruturada para o atingimento dos seus objetivos, ao buscar a realização de serviços de qualidade e com a minimização de riscos de ocorrências de desvios e corrupção, uma vez que não há previsão de ações veladas pela opacidade. O acesso às informações públicas constitui-se como um dos fundamentos da base da boa governança, visto que está intimamente relacionado à ampliação dos níveis de acesso às informações, aproximando Estado e sociedade (GRUMAN, 2012, p. 101).

Entender o que representa a governança na esfera pública, contribui para o atendimento do objetivo estipulado para este artigo uma vez que a LAI tem a propriedade de contribuir para o seu alcance. A compreensão a ser aqui adotada ressalta a importância do direito de influenciar as políticas públicas, contando com diversos atores de forma horizontal, voltando-se

diretamente às ciências políticas e Administração Pública e afastando-se da acepção dada ao termo governança em outras searas, tais como nas relações internacionais, nas teorias de desenvolvimento e especialmente na Administração privada. Dessa forma, a abordagem voltada à gestão pública imanta o direito ao acesso à informação no sentido de carecer dos instrumentos dele advindos na concretização da sua função.

Com relação à disseminação proativa e ao acesso passivo, a LAI faz uso de duas abordagens: transparência ativa – quando a administração pública divulga informações à sociedade por iniciativa própria, de forma voluntária, independentemente de qualquer solicitação – e transparência passiva – quando divulga informações sob demanda, em atendimento às solicitações da sociedade.

A análise do imbricamento obtido da junção desses três conceitos (compliance, governança e transparência) no setor público, tem como amálgama a LAI ao tratar de forma clara os aspectos de acesso à informação pública e estabelecer procedimentos e responsabilidades quanto ao seu cumprimento ou descumprimento. A adoção da transparência ativa, contemplando a utilização de tecnologias de informação e comunicação e também de formas sistematizada de atendimento aos questionamentos como prerrogativa para o trato da transparência passiva, possibilitam aprimorar mecanismos de controles internos e externos, atendendo ao princípio constitucional da publicidade e aos demais relacionados à administração pública, tais como o da moralidade, eficiência e, sobretudo ao da legalidade.

Ao nos apropriarmos dos princípios da Administração pública que embasam a LAI, encontramos um fio condutor que perpassa em larga escala pelos institutos em comento. A compliance e sua vinculação direta à moralidade administrativa, tem por condão os princípios da eficiência e da proporcionalidade como base para os programas de integridade e conformidade com regras de conduta.

A atuação neoliberal do Estado o aproxima ainda mais do *modus operandi* da administração privada, refletindo-se também nos aspectos reguladores em que ele atua. Como contraponto, verifica-

se que além do princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado cada vez mais destaca-se em todas as relações jurídicas e econômicas. Os institutos em voga, quais sejam a transparência, a governança e a compliance, portanto, relacionam-se às atividades do Estado, seja no seu sentido social, ético ou de Direito e nele se apoiam para seu desenvolvimento.

A característica republicana do Estado Brasileiro, ressalta que o Estado deve prestar serviços públicos e a Constituição Federal de 1988 reforça essa condição, destacando que a administração deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e efetividade e ainda ao estabelecer a fiscalização realizada por órgãos de controle de forma a verificar diversos aspectos tais como contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (BRASIL, 1988). Fortemente embasada sob o princípio da legalidade, o acesso às informações públicas é essencial ao exercício dessa fiscalização que, revestidas pelos princípios republicanos e democráticos, propiciam que os cidadãos exerçam mecanismos que possam limitar o poder dos governantes por implementação da governança pública, visando a prestação de serviços públicos adequados de forma a atender os interesses da sociedade.

Diversos desafios para a administração pública podem ser apontados como exigências à boa governança, nesse enquadramento, o dinamismo que envolve o cenário político, econômico, social, cultural e tecnológico exigem ações de gestão numa interdependência com o acesso à informações qualificadas, com vistas à eficiência, à equidade, à justiça social, ao desenvolvimento sustentável, ao combate da pobreza e à corrupção e à promoção do desenvolvimento humano (ZORZAL; RODRIGUES, 2015, p. 115).

5. CONCIEDAÇÕES FINAIS

O acesso à informação pública é matéria de relevo no debate democrático brasileiro e deve demonstrar necessária abertura discursiva à práxis cotidiana do cidadão, partícipe ativo do processo de controle da atuação estatal, de forma a evitar abusos e a consolidar o avanço que a regulamentação desse

direito, constitucionalmente previsto, representou no processo de evolução da gestão pública.

No cenário público, entretanto, os institutos da compliance, governança e transparência requerem amadurecimento. Os anseios sociais difundem-se diante do conturbado contexto político e econômico vivenciados. O avanço das tecnologias de comunicação e informação incorporados na gestão do estado disseminam-se em diversas frentes e tendem a contemplar cada vez mais serviços e processos de interesse público.

Pelo exposto, afirma-se que a adoção de mecanismos de boas práticas governança, com destaque à transparência e ao compliance, representam grande avanço para assegurar o comportamento ético e confiável dos órgãos e entidades públicas, contribuindo para a concretização de diversas políticas públicas e adequado funcionamento estatal. Destaca-se ainda que tais institutos visam garantir o cumprimento das regras e normas do direito, seguindo a Constituição e a legislação nacional e internacional aplicáveis a essas questões, e ainda, às normas institucionais, no que dizem respeito aos seus processos internos, prevenindo e controlando os riscos envolvidos na administração da pública. Par e passo, atendendo-se aos princípios administrativos, seguindo as balizadas firmadas pela evolução legislativa, pautada inclusive em tratados e convenções internacionais, que impulsionaram a criação da Lei 12.527/2011.

Por fim, com a adoção de práticas de compliance, governança e transparência públicas, atendendo ao que estipula a LAI, a Administração Pública, tende a obter maior confiabilidade por parte da sociedade e maior efetividade na realização das políticas públicas, uma vez que seus objetivos são passíveis de monitoramento social, resultando na obtenção de altos níveis de conformidade, trazendo benefícios a toda a sociedade, apropriando-se da legislação vigente, da simetria informacional, da ética e do relacionamento do poder público com a sociedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, L. V. O estado (in)transparente: limites do direito à informação socioambiental no Brasil. p. 368, 2008.

- BRASIL. **Decreto-Lei nº 200/1967**, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 30 dez. 2016
- BRASIL. **Lei nº 7.115, de 29 de agosto de 1983**, 1983. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7115.htm>. Acesso em: 30 dez. 2016
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 dez. 2016
- BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, O. E. G. **Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016- 19**. Brasília: [s.n.].
- BREIER, R. **Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em: 30 dez. 2016.
- CANDELORO, A. P. P.; RIZZO, M. B. M. DE; PINHO, V. **Compliance 360: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: [s.n.].
- COIMBRA, M. DE A.; ALESSI, V. **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: [s.n.].
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Portal da Transparência do Governo Federal**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/portal-da-transparencia>>. Acesso em: 26 fev. 2016.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Iniciativa: Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC)18º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal** Secretaria de Prevenção da Corrupção e

- Informações Estratégicas, 2013a. Disponível em: <[http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1071/Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão \(e-SIC\).pdf?sequence=1](http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1071/Sistema_Eletr%C3%B4nico_do_Servi%C3%A7o_de_Informa%C3%A7%C3%A3o_a_Cidad%C3%A3o_(e-SIC).pdf?sequence=1)>. Acesso em: 3 jan. 2016
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios** Brasília CGU, , 2013b. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/Manual_LAI_EstadosMunicipios.pdf>. Acesso em: 26 maio. 2016
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Acesso à informação: um direito de todos (Guia do professor)**. Brasília: [s.n.].
- DIAS, T. Governança Pública: uma concepção teórico-analítica aplicada no governo do Estado de Santa Catarina a partir da implantação das Secretarias de Desenvolvimento Regional. n. 1, p. 356, 2012.
- FERNANDES, C. DE S.; SANTOS, M. J. DOS; SOCIAL, D. **Análise do potencial de contribuição do governo eletrônico para a democracia** III Congresso Internacional de Ciência, Tecnologia e Desenvolvimento. **Anais...**2014
- FREIRE, F. R. **Desafios para a transparência pública: um estudo com os usuários do portal da transparência do Governo Federal**. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.
- GABARDO, E.; MORETTINI E CASTELLA, G. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, v. 60, p. 129–147, 2015.
- GRUMAN, M. Lei de Acesso à Informação: notas e um breve exemplo. **Revista Debates**, v. 6, n. 3, p. 97, 2012.
- KRAMER, G. P.; BERTOTTI, V. R. O acesso à informação como fonte de conhecimento e transparência pública a luz da Lei nº 12.527/2011: O caso da Justiça Federal da cidade do Rio Grande. **Ágora**, v. 25, n. 51, p. 354–376,

2015.

- MAZZA, A. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª Edição ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTEIRO, A. **Aferição do grau de cumprimento às obrigações de transparência ativa constantes da Lei de Acesso à Informação por universidades federais do Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- PAES, E. B. A construção da Lei de Acesso à Informação Pública no Brasil: desafios na implementação de seus princípios. **Revista do Serviço Público**, v. 62, n. 62, p. 407–423, 2011.
- PIRES, M. C. S.; COSTA, M. B. L. C. DA; CORDEIRO, C. B. **Acesso à informação pública, responsabilidade estendida e novos desafios à luz do modelo de governança democrática** VI Congresso CONSAD de Gestão Pública. **Anais...** Brasília: 2013
- PISA, B. J. **UMA PROPOSTA PARA O DESENVOLVIMENTO DO ÍNDICE DE AVALIAÇÃO DA GOVERNAÇÃO PÚBLICA (IGovP): Instrumentos de planejamento e desenvolvimento do estado**. [s.l.] Universidade Tecnológica Federal do Paraná, 2014.
- RIBEIRO, M. C. P.; DINIZ, P. D. F. Compliance e lei anticorrupção. **Migalhas**, p. 16–18, 2015.
- RODRIGUES, G. M. Indicadores de “transparência ativa” em instituições públicas: análise dos portais de universidades públicas federais”. **Liinc em Revista**, v. 9, n. 2, p. 423–438, 2013.
- SCOLFORO, R. F.; CARDOSO, J. V. **Governança pública sob a ótica jurídica** XXIV Congresso Nacional do Conpedi - UFMG/FUME/DOM HELDER CÂMARA. **Anais...**2015
- ZANCANER, W. Lineamentos sobre a lei de acesso à informação. In: VALIM, R.; MALHEIROS, A. C.; BACAROÇA, J. (IN MEMORIAM) (Eds.). **Acesso à informação pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 25–34.

ZORZAL, L.; RODRIGUES, G. M. Disclosure e transparência no setor público: uma análise da convergência dos princípios de governança. **Informação & Informação**, v. 20, n. 3, p. 113, 2015.

O vírus Zika e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil

FERNANDA DE ANDRADE FREIRE LIMA¹

Universidade do Minho (Portugal)

O vírus Zika e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil

The Zika virus and the women's sexual and reproductive rights in Brazil

1. Introdução

É de conhecimento público que o Brasil enfrenta, desde o início de 2015, um surto do vírus Zika. O país é o centro da epidemia, embora a difusão do vírus tenha ocorrido por toda a América Latina, atingindo também de forma preocupante países como Colômbia e El Salvador.

O vírus Zika foi identificado, pela primeira vez, em macacos no Uganda em 1947. Em 1952, o vírus foi detectado em humanos, novamente no Uganda e na República Unida da Tanzânia. No período entre 1960 e 1980, houve registro de infecções humanas pelo vírus na África e na Ásia, comumente acompanhadas de doença ligeira. O primeiro grande surto da doença foi identificado na ilha de Yap, nos Estados Federados da Micronésia, na Oceania, em 2007.² Ocorreram, ainda, surtos na Polinésia Francesa, em 2013, e na Ilha de Páscoa, no Chile, em 2014³. Suspeita-se que o vírus tenha chegado ao Brasil com os estrangeiros que foram ao país assistir a Copa do Mundo de 2014.

¹ Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Minho.

² *Organização Mundial da Saúde* (2016), “Doença do vírus Zika”, 2 de julho, disponível em <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/zika/pt/>>.

³ *Ministério da Saúde* (2016), “Boletim Epidemiológico”, volume 47, nº 37, disponível em

O vírus Zika é transmitido, principalmente, pelo mosquito *Aedes Aegypti*, também transmissor de outras doenças, como a dengue e a febre chikungunya. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o vírus pode ser igualmente transmitido por relações sexuais. Outras formas possíveis de transmissão, como por transfusão de sangue, estão a ser investigadas.

Em abril de 2015, a circulação autóctone, isto é, natural do vírus foi detectada no Brasil. Passado um tempo, a mudança no padrão de ocorrência da microcefalia tornou-se notável, ou seja, começaram a nascer no Brasil muitas crianças com microcefalia e os médicos brasileiros começaram a suspeitar de que havia uma relação entre os dois fatores, já que os bebês nascidos com essa condição eram filhos de mães que tinham sido infectadas pelo Zika. Em outubro de 2015, o Brasil comunicou, oficialmente, a existência de uma associação entre a infecção pelo vírus Zika e a microcefalia. E em novembro do mesmo ano, o país declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional.

A microcefalia é uma má-formação da cabeça e do cérebro, que pode ser causada por drogas consumidas pela gestante, ou por agentes biológicos, como vírus, bactérias ou radiação. Segundo a OMS, os casos de microcefalia são definidos quando os recém-nascidos têm a circunferência da cabeça igual ou menor que 32 cm. As consequências da microcefalia são deficiências mentais, limitações na fala, na audição e nos movimentos e, em casos extremos, pode levar à morte.

No dia 13 de abril de 2016, a imprensa internacional divulgou que o Centro de Prevenção e Controle de Doenças dos Estados Unidos da América (CDC) confirmou a relação entre o vírus Zika e o nascimento de crianças com microcefalia. A OMS elogiou a declaração do centro norte-americano, pois também acredita que não existem mais dúvidas sobre a relação entre os dois elementos e aproveitou a ocasião para classificar a epidemia do vírus Zika como emergência internacional de saúde pública⁴.

<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/novembro/15/2016_031-Mulheres_publicacao.pdf>.

⁴ *The Guardian* (2016), “Zika virus confirmed as cause of microcephaly birth defect, CDC says”, 13 de abril, disponível em

O último boletim divulgado pelo Ministério da Saúde brasileiro, em 27 de julho de 2016, informa que, de outubro de 2015 a 23 de julho de 2016, foram confirmados 1.749 casos de microcefalia e outras alterações do sistema nervoso, sugestivos de infecção congênita. No mesmo período, foram confirmados 106 óbitos após o parto ou durante a gestação (abortamento ou natimorto) em decorrência da microcefalia ou de outra alteração do sistema nervoso central⁵.

Desde o início da epidemia, o Ministério da Saúde recomenda às mulheres que não engravidem, que usem repelentes, que mantenham portas e janelas fechadas e que usem calça e camisa de manga comprida. As duas últimas recomendações são absurdas, pois a epidemia está concentrada na região Nordeste do Brasil, na qual faz calor o ano inteiro. Segundo o supramencionado boletim do Ministério da Saúde, até 23 de julho de 2016, 1.494 casos de microcefalia foram confirmados no Nordeste. Em seguida, o Sudeste, com 132 casos, o Centro-Oeste, com 62 casos, o Norte, com 50 casos e o Sul, com 11 casos confirmados⁶.

2. O vírus Zika e a reiterada negação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres

O vírus Zika é, de maneira geral, contraído por mulheres pobres, jovens e negras do Nordeste do Brasil, que vivem em áreas onde o saneamento básico é precário. Não têm acesso adequado à informação e aos serviços de atenção à saúde. Elas também não têm quase nenhum acesso à saúde sexual e reprodutiva: a obtenção de contraceptivos é irregular, a educação sexual é insuficiente e a interrupção voluntária da gravidez é ilegal⁷.

<http://www.theguardian.com/world/2016/apr/13/zika-virus-confirmed-cause-microcephaly-birth-defect-cdc?CMP=fb_gu>.

⁵ BOGAZ, Camila, “Microcefalia: 1.749 casos confirmados no Brasil”, *Agência Saúde*, 27 de julho de 2016, disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/24769-microcefalia-1-749-casos-confirmados-no-brasil>>.

⁶ BOGAZ, Camila, “Microcefalia: 1.749 casos...”, *op. cit.*

⁷ MATHIAS, Maíra, “‘A população de maior risco à epidemia são mulheres pobres e negras do Nordeste do país’”, *EPSJV/Fiocruz*, 7 de abril de 2016,

Diante desse quadro, organizações em defesa dos direitos humanos e dos direitos das mulheres começaram a posicionar-se no sentido de que a legalização do aborto seria uma das formas para lidar com a epidemia do vírus e com a microcefalia. Isso porque o acesso ao aborto seria uma maneira de garantir às mulheres que pudessem interromper suas gestações, caso não desejassem arcar com os riscos de serem mães de filhos com microcefalia.

No Brasil, as hipóteses de aborto ainda são extremamente restritas. São apenas duas, segundo o Código Penal: (i) caso a gravidez seja resultado de estupro (violação) e (ii) caso a gravidez apresente risco de vida para a mãe. Existe ainda uma terceira hipótese, decorrente de decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em que é permitida a realização de aborto caso o feto seja anencéfalo.

A Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) pediu aos Estados da América Latina afetados pelo Zika e que criminalizam o aborto que procedessem a uma revisão da legislação para garantir às mulheres o pleno gozo dos seus direitos sexuais e reprodutivos e do direito à saúde. O representante da comissão declarou que as leis que restringem o acesso ao aborto não estão de acordo com as obrigações decorrentes do respeito aos Direitos Humanos⁸.

A médica responsável pela área de microcefalia da OMS declarou que os casos de Zika pressionam o debate sobre direitos reprodutivos e que a interrupção da gravidez deve ser uma decisão da mulher. Também afirmou que as mulheres mais pobres estão mais expostas aos abortos clandestinos e inseguros e que é preciso separar religião de decisões políticas que envolvam saúde pública⁹.

disponível em <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-populacao-de-maior-risco-a-epidemia-sao-mulheres-pobres-e-negras-do-nordeste>>.

⁸ Reuters (2016), “U.N. rights boss urges abortion right upheld in Zika outbreak”, 5 de fevereiro, disponível em <<http://in.reuters.com/article/health-zika-rights-idINKCNOVE1FJ>>.

⁹ LAZZERI, Thais, “‘O zika torna inevitável o debate sobre o aborto’, diz Suzanne Serruya, da OMS”, *Revista Época*, 30 de janeiro de 2016, disponível em <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/01/o-zika-torna-inevitavel-o-debate-sobre-o-aborto-diz-suzanne-serruya-da-oms.html>>.

No mesmo sentido, a diretora executiva da ONU Mulheres disse que a mulher deve ter o direito de escolher se e quando deseja engravidar. Para isso, deve ter acesso à contracepção e também à interrupção voluntária da gravidez. Também afirmou que os poderes Legislativo e Judiciário têm um papel fundamental nos casos em que as saúdes psicológica, física e social das mulheres estão em risco¹⁰.

As organizações religiosas posicionaram-se contra a hipótese de legalização do aborto e acusaram os defensores dessa posição de promoverem uma eugenia, ou seja, uma seleção da espécie humana. Alegaram que defender a descriminalização do aborto nesta situação equivale à crença de que alguns têm mais direito de viver do que outros em nome de um “melhoramento” da raça humana. Compararam o contexto atual com a eugenia ocorrida no regime nazista em que crianças deficientes eram exterminadas¹¹. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) classificou a interrupção da gravidez como um desrespeito ao dom da vida¹². O arcebispo de São Paulo disse que as mulheres grávidas de bebês com microcefalia devem encará-los como uma missão divina¹³.

Falar em eugenia, no entanto, é descabido e exagerado, pois na situação atual não há nada de semelhante ao que ocorreu no nazismo. “Não há Estado totalitário, não há

¹⁰ UN Women (2016), “Women must be at the centre of the response to the Zika virus, says UN Women Executive Director”, 29 de fevereiro, disponível em <<http://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/2/ed-statement-on-zika-virus>>.

¹¹ *Diário de Pernambuco* (2016), “Especialistas e religiosos debatem aborto em casos de microcefalia”, 15 de fevereiro, disponível em <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/02/15/interna_brasil,626966/especialistas-e-religiosos-debatem-aborto-em-casos-de-microcefalia.shtml>.

¹² MONTEIRO, Tania, “CNBB condena aborto em caso de microcefalia”, *Estadão*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,conferencia-nacional-dos-bispos-condena-aborto-em-caso-de-microcefalia,10000015030>>.

¹³ SENRA, Ricardo, “Zika e aborto: Camisinha é ‘decisão pessoal’ e mães devem encarar microcefalia como ‘missão’, diz arcebispo”, *BBC Brasil*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160204_dom_odilo_zika_rs_ab>.

máquinas de extermínio ou solução final (...)”¹⁴. Nenhuma atitude é compulsória. Em nenhum momento foi sugerido que toda mulher grávida, com receio de que seu bebê nasça com microcefalia ou já segura de que a criança que carrega em seu ventre possui a má-formação, aborte. Não há dúvida de que muitas mulheres escolherão prosseguir com a gravidez e cuidarão dos seus filhos com microcefalia da melhor forma que puderem. A questão premente é o direito de escolha, o direito à autodeterminação.

Não há eugenia, mas sim um clamor de mulheres desamparadas pelo direito de ter autonomia, pelo direito de decidir sobre o próprio corpo. A Zika é uma doença nova no Brasil, com graves repercussões para a saúde pública, e que causa um dano injusto às mulheres e aos seus futuros filhos por negligência estatal. O Estado brasileiro foi capaz de eliminar o mosquito por duas vezes, nas décadas de 1950 e 1970. Infelizmente, o descuidado fez com que o *Aedes Aegypti* voltasse, mais forte, e agora portador de uma doença “(...) cujas consequências são permanentes em futuras crianças (...)”¹⁵.

Ainda agora, após a instalação da epidemia, o Estado brasileiro continua a ser negligente, pois as medidas tomadas para garantir saneamento básico nas regiões mais afetadas pela doença continuam a ser insuficientes. Assim, a gravidez transformou-se em uma espera dolorosa para as mulheres, que vivem uma tortura psicológica constante, afinal, são consideradas culpadas por todos os ângulos possíveis. Primeiro, o Estado recomenda que elas não engravidem, mas não dá acesso adequado à contracepção e à educação sexual. Se engravidarem, devem fechar portas e janelas e vestir roupas que cubram o corpo todo. Como já foi mencionado, isso é inviável devido ao calor. Por fim, se não conseguem impedir a infecção pelo vírus, não têm acesso ao aborto legal e seguro.

Nesse ponto, cabe destacar a definição de saúde reprodutiva exposta na Conferência Internacional do Cairo, em

¹⁴ DINIZ, Débora, “Não Grite Eugenia: Ouça as Mulheres”, *Folha de São Paulo*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <<http://agoraquesaodelas.blogfolha.uol.com.br/2016/02/04/nao-grite-eugenia-ouca-as-mulheres/>>.

¹⁵ DINIZ, Débora, “Não Grite Eugenia...”, *op. cit.*

1994, na qual os direitos sexuais e reprodutivos foram reconhecidos como direitos humanos. A saúde reprodutiva não é uma mera ausência de doença ou enfermidade, mas sim um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e às suas funções e processos.

Não se pode desconsiderar, portanto, o sofrimento psicológico pelo qual as mulheres que vivem nas regiões afetadas pelo Zika estão passando. Por mais que a gravidez seja considerada saudável de um ponto de vista essencialmente físico, a angústia de não saber se o seu filho nascerá sadio ou se até mesmo sobreviverá e também de querer interromper a gestação e não poder deixar evidente o desrespeito aos direitos humanos, já que não se pode falar em bem-estar mental dessas mulheres.

“Nenhuma mulher que aborta é uma assassina — essa é uma acusação que ignora a delicadeza das escolhas reprodutivas, a intimidade de seus sentidos, e o quanto é melhor para todos nós que a liberdade seja o fundamento da vida conjunta”¹⁶. No caso das mulheres que desejam abortar em consequência do medo que a microcefalia provoca, é importante ter em conta que muitas dessas mulheres desejavam a maternidade e não a esconderam. A epidemia as fragiliza, pois é possível que elas tenham de reorganizar seus planos familiares e existenciais.

O ato de abortar, ao contrário do que pensam aqueles que intitulam-se “pró-vida”, leva sempre em consideração o valor intrínseco da vida humana, não só a vida em gestação, mas também qualquer vida que possa ser afetada pelo nascimento da criança. É comum que a mulher reflita, antes de tomar a decisão final, sobre as consequências daquele nascimento para a sua vida e a vida da sua família. Igualmente, a mulher reflete sobre os efeitos da própria vida na vida da criança, se esta nascer. Como exemplo, pode-se pensar em uma mulher com condições financeiras insuficientes para criar uma criança. Esta mulher, por constatar que a criança apenas sofreria em vida, já que não seria capaz de

¹⁶ DINIZ, Débora, “Não Grite Eugenia: Ouça as Mulheres”, *Folha de São Paulo*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <<http://agoraquesaoclas.blogfolha.uol.com.br/2016/02/04/nao-grite-eugenia-ouca-as-mulheres/>>.

garantir que ela tivesse acesso às necessidades básicas, decide por interromper a gravidez. E tal atitude demonstra respeito por aquela vida em potencial¹⁷. Neste ponto, é válido destacar o entendimento de Ronald Dworkin:

Eu mesmo acredito que o aborto é moralmente errado quando não demonstra respeito pelo valor intrínseco de toda vida humana, em qualquer estágio ou forma, e que a justiça ou a injustiça do aborto, portanto, depende essencialmente de seu motivo. O aborto demonstra o devido respeito pela vida humana, em princípio, em duas circunstâncias: em primeiro lugar, quando a vida da criança, se levada a cabo a gravidez, seria uma vida frustrante, na qual as aspirações comuns a todas as vidas normais, entre as quais ausência de dor, ampla mobilidade física, capacidade para ter uma vida intelectual e emocional e capacidade para planejar e executar

¹⁷ LIMA, Fernanda de Andrade Freire, "O LEGISLATIVO RELIGIOSO VERSUS O ESTADO SECULARIZADO: O ESTATUTO DO NASCITURO, A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES", *Universidade de Brasília*, Brasília, 2014, p. 28. Disponível em <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10115/1/2014_FernandaDeAndradeFreireLima.pdf>.

projetos, só se pudessem realizar, caso se realizassem, em grau reduzidíssimo; em segundo lugar, quando ter um filho gere a probabilidade, de maneira previsível, de consequências tão catastróficas sobre o êxito da vida de outrem - da mãe e de outros filhos da família, por exemplo - que se possa crer que a preocupação com o valor intrínseco da vida destes possam exceder em peso a preocupação com a vida do feto, no qual ainda não se fez nenhum investimento além do biológico¹⁸.

Nessa esteira, é importante salientar que muitas mães de filhos com microcefalia passaram a viver apenas por conta deles, tiveram que abandonar seus empregos, em um contexto social já de pobreza, devido aos cuidados intensos que eles exigem. Aliás, outro dado alarmante dessa situação é o relato dos médicos sobre o crescente número de mulheres abandonadas por seus companheiros, pois estes simplesmente não aceitam a condição dos filhos e as consideram culpadas pela microcefalia¹⁹. Ocorre o que o movimento feminista chama de “aborto

¹⁸ DWORKIN, Ronald, “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 615.

¹⁹ RESK, Felipe, “Homens abandonam mães de bebês com microcefalia em PE”, *Estadão*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,homens-abandonam-maes-de-bebes-com-microcefalia-em-pe,10000014877>>.

masculino”²⁰. Este, em uma clara demonstração do machismo que permeia a sociedade e da discriminação de gênero que as mulheres sofrem, não é condenado tão duramente e nem reprovado nas mesmas proporções.

A epidemia de Zika deixa em evidência a desigualdade de gênero quanto aos direitos reprodutivos. Dizer que as mulheres devem evitar a gravidez sem oferecer informação, educação, contraceptivos e acesso ao aborto legal e seguro não é uma política de saúde adequada. Conforme estabelecido na Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim, em 1995, reconhecer que todas as mulheres têm direito ao controle sobre todos os aspectos de sua saúde, particularmente sobre sua fertilidade, é fundamental para o alcance da igualdade, do desenvolvimento e da paz.

O relatório de monitoramento do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) da ONU sobre o Brasil, publicado em 2014, indica que os abortos ilegais estão entre as principais causas registradas de morte materna. Segundo o relatório, as mortes causadas por aborto são mortes maternas evitáveis e os esforços realizados pelo Brasil para impedi-las têm sido insuficientes. Dessa forma, o país continua a violar os direitos humanos das mulheres à saúde e a serviços obstétricos oportunos e de qualidade, afirma o documento.

A Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), divulgada em 4 de dezembro de 2016, traz dados alarmantes sobre o aborto no Brasil. A conclusão da pesquisa é que uma em cada cinco mulheres aos quarenta anos já fez, pelo menos, um aborto. Logo, 4,7 milhões de mulheres já abortaram. Em 2015, portanto, mais de meio milhão de mulheres interromperam suas gestações. A cada minuto, uma mulher aborta no Brasil. Segundo os dados, 88% das mulheres que abortam são religiosas e declaram-se católicas,

²⁰ LEÃO, Bruna, “O Aborto Masculino é Legalizado”, *Não Me Kablo*, 18 de fevereiro de 2015, disponível em <<http://www.naomekahlo.com/#!O-Aborto-Masculino-é-Legalizado/c1a1n/54e3e21b0cf23137e87d3c60>>.

O vírus Zika e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil

evangélicas, protestantes ou espíritas. A maioria dessas mulheres, inclusive, já tem filhos²¹.

No contexto atual, os médicos relatam uma intensa procura de mulheres, infectadas pelo vírus Zika, por profissionais que realizem o aborto, antes mesmo de saberem se o feto tem a microcefalia ou não, pelo simples fato de não desejarem filhos nestas condições. Inclusive, são relatados casos de abortos realizados no final da gravidez, pois a microcefalia só é detectada com certeza por volta da 28ª semana de gravidez, apesar de um prognóstico inicial poder ser feito a partir da 16ª semana.

Segundo o jornal *Folha de São Paulo*, três médicos relataram casos de mulheres que optaram pelo aborto sem ter a certeza sobre a má-formação cerebral dos fetos. Conforme o relato dos médicos, eram mulheres casadas, com educação de nível superior, com boas condições financeiras e que tinham planejado a gravidez, mas optaram por interrompê-la devido ao medo instalado pela epidemia do vírus Zika. Os preços do procedimento em clínicas particulares variam de cinco mil a quinze mil reais, a depender do estágio da gestação²².

Tal informação apenas deixa mais evidente a desigualdade existente entre mulheres abastadas e mulheres pobres quanto ao exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos. Em primeiro lugar, é injusto em relação a qualquer mulher penalizá-la por negligência do Estado. Cabe a ele a responsabilidade pelo surto de Zika. Contudo, a injustiça torna-se muito mais dolorosa de observar quando é possível constatar que o peso de uma gravidez indesejada e, eventualmente, de um filho que exige cuidados especiais é distribuído de maneira totalmente desigual entre as mulheres, a depender única e exclusivamente da sua classe social.

²¹ DINIZ, Débora, “A cada minuto uma mulher faz um aborto no Brasil”, *Carta Capital*, 5 de dezembro de 2016, disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/aborto-a-cada-minuto-uma-mulher-faz-um-aborto-no-brasil>>.

²² COLLUCCI, Cláudia, “Grávidas com zika fazem aborto sem confirmação de microcefalia”, *Folha de São Paulo*, 31 de janeiro de 2016, disponível em <<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimadahora&url=http://ww...as-com-zika-fazem-aborto-sem-confirmacao-de-microcefalia.shtml>>.

Essa disparidade entre as mulheres exprime a necessidade de que a reflexão sobre a infecção pelo vírus Zika, o aumento expressivo dos casos de microcefalia e a possibilidade de realização de um aborto seja feita sob uma perspectiva interseccional, ou seja, levando em conta as relações entre as múltiplas dimensões e entre as modalidades de relações sociais que formam os sujeitos²³.

A interseccionalidade “(...) busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação”²⁴. Estes são o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe, entre outros sistemas discriminatórios que ensejam desigualdades. A interseccionalidade também investiga “(...) como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento”²⁵.

No contexto que engloba Zika, microcefalia e aborto, é importante considerar que os efeitos dessa situação atingem com mais gravidade mulheres pobres e negras, embora qualquer mulher esteja sujeita à infecção e as suas consequências durante uma gravidez. Se as circunstâncias são entendidas apenas como discriminação de gênero, incorre-se no erro de obscurecer uma sucessão de violações de direitos humanos, pois as vulnerabilidades interseccionais dessas mulheres marginalizadas são desconsideradas. Ocorre o que Kimberlé Crenshaw define como superinclusão, isto é, quando “(...) um problema ou condição imposta de forma específica ou desproporcional a um subgrupo de mulheres é simplesmente definido como um problema de mulheres”²⁶. O erro da superinclusão é que um problema interseccional é assimilado pela discriminação de gênero sem considerar outros fatores que possam ter contribuído para a

²³ MCCALL, Leslie, “The Complexity of Intersectionality”, in *Journal of Women in Culture and Society*, 2005, vol. 30, n° 3, p. 1771.

²⁴ CRENSHAW, Kimberlé, “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, in *Revista Estudos Feministas*, 2002, p.177.

²⁵ CRENSHAW, Kimberlé, “Documento para o Encontro...”, *op. cit.*, p. 177.

²⁶ CRENSHAW, Kimberlé, “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, in *Revista Estudos Feministas*, 2002, p. 174.

existência daquela opressão, como o racismo ou desigualdade de classe.

A conjuntura em análise pode ser definida como subordinação interseccional estrutural, na qual uma série de condições em que as políticas (ou falta delas) intersectam-se com as estruturas básicas de desigualdade, culminando numa variedade de opressões para vítimas especialmente vulneráveis²⁷. A falta de uma política eficiente de saneamento básico em áreas pobres faz com que o mosquito se prolifere. O vírus transmitido pelo mosquito afeta especialmente mulheres grávidas ou em idade fértil. Essas mulheres, pobres e sem acesso à saúde e à informação, são, em sua maioria, negras. O acesso ao aborto legal e seguro não é garantido pelo Estado. O acesso ao aborto ilegal, mas relativamente seguro, exige uma capacidade financeira que essas mulheres não têm. Obrigadas a ter um filho com necessidades especiais e a abandonar seus empregos, essas mulheres, que já tinham pouco, agora têm menos ainda. Algumas são abandonadas por seus companheiros. E o ciclo de violação de direitos humanos por parte do Estado perpetua-se.

3. Considerações finais

Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, publicada no dia 9 de junho de 2016, considerou que uma cidadã irlandesa, grávida de um feto com deformação grave e que, portanto, morreria antes de nascer ou logo ao nascer, impedida de realizar um aborto devido à criminalização da prática na Irlanda, foi submetida a tratamento cruel, desumano e degradante e também foi vítima de discriminação de gênero. O Comitê inclusive recomendou à Irlanda que modifique sua legislação para que seja possível a realização da interrupção voluntária da gravidez, incluindo tal dispositivo na Constituição irlandesa, se necessário.

Os países que ainda têm uma legislação muito restritiva em relação ao aborto estão inegavelmente na contramão do que é considerado adequado pelas organizações de direitos humanos. No caso do Brasil, infelizmente, o conservadorismo ligado à religião está cada vez mais presente no poder legislativo e,

²⁷ CRENSHAW, Kimberlé, “Documento para o Encontro...”, *op. cit.*, p.179.

a curto prazo, as expectativas de avanço são praticamente nulas. Apesar de existir uma proposta de um novo Código Penal em análise, na qual consta a legalização da interrupção voluntária da gravidez, a ala conservadora do Congresso Nacional faz o possível para conter qualquer avanço. Ao contrário, elabora projetos de leis que tornam mais difícil pôr em prática as pouquíssimas hipóteses de aborto legal já mencionadas.

O projeto de Lei nº 4.396/2016, que prevê o aumento da pena quando o aborto for realizado em razão da microcefalia ou qualquer outra anomalia do feto, é uma reação, nas palavras do seu criador, deputado Anderson Ferreira, “à tentativa de um movimento feminista, que quer se aproveitar de um momento dramático e de pânico das famílias, para retomar a defesa do aborto em nosso país”²⁸. Contudo, como demonstrado, a legalização do aborto não é só uma demanda do movimento feminista, mas sim uma demanda da própria Organização das Nações Unidas, que já deixou isso muito claro nas suas conferências, nos seus relatórios e nas decisões dos comitês.

A legalização da interrupção voluntária da gravidez não é nenhuma novidade quando a análise recai sobre os países classificados como desenvolvidos. A maioria dos países da Europa, os Estados Unidos da América e o Canadá já descriminalizaram o aborto por vontade da mulher e alguns apresentam hipóteses bem flexíveis de abortamento quando o prazo para interrupção voluntária cessa.

Em Portugal, por exemplo, a interrupção da gravidez por opção da mulher pode ser efetuada durante as primeiras dez semanas da gestação. Contudo, caso o feto apresente má-formação, o prazo é alargado para vinte e quatro semanas. Se ficar provado que o feto é inviável, a legislação portuguesa permite a interrupção a qualquer momento. A legislação de Portugal poderia ser muito útil como guia para as modificações que são necessárias no Brasil.

²⁸ VERDÉLIO, Andreia, “Projeto de lei prevê aumento de pena para aborto em caso de microcefalia”, *Agência Brasil*, 12 de março de 2016, disponível em <<http://agenciabrasil.abc.com.br/geral/noticia/2016-03/nao-e-com-aborto-que-se-resolve-os-problemas-da-sociedade-diz-deputado>>.

O vírus Zika e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil

Existe uma tensão muito clara entre o Judiciário e o Legislativo. O primeiro, afinado com as demandas de direitos humanos e fazendo o seu papel de defender e aplicar os princípios constitucionais, defende a legalização do aborto e o direito à autodeterminação da mulher. Um juiz, do Estado de Goiás, ao falar sobre microcefalia, pronunciou-se no sentido de que, se fosse provado que a deformação cerebral é tão grave que o bebê não tem chances de sobrevivência, o aborto deveria poder ser feito a qualquer tempo²⁹.

No mesmo sentido, o procurador-geral da República defendeu a legalização do aborto para mulheres infectadas com o vírus Zika. O procurador encaminhou um parecer ao Supremo Tribunal Federal (STF) no qual afirma que a criminalização do aborto nesse contexto de epidemia do vírus viola direitos fundamentais das mulheres, como o direito à autonomia reprodutiva, direito à saúde e direito à integridade física e psíquica³⁰.

Em agosto de 2016, a Associação Nacional de Defensores Públicos propôs uma ação no STF requerendo que grávidas afetadas pelo vírus Zika e que estejam em grande sofrimento mental tenham direito ao aborto. A ação também pede que as mulheres tenham acesso à contracepção e a repelentes e que às crianças com microcefalia seja garantida a reabilitação³¹.

Em decisão surpreendente, no dia 29 de novembro de 2016, a primeira turma do STF entendeu que praticar aborto nos três primeiros meses de gestação não é crime. A decisão é válida apenas para o caso específico que os ministros julgavam, mas, embora não tenha efeito vinculante, abre jurisprudência para

²⁹ SENRA, Ricardo, “Juiz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte”, *BBC Brasil*, 26 de janeiro de 2016, disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rs>.

³⁰ PORTINARI, Natália, “Procurador-geral defende legalidade de aborto em grávidas com zika”, *Folha de S. Paulo*, 7 de setembro de 2016, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1811136-procurador-geral-defende-legalidade-de-aborto-em-gravidas-com-zika.shtml>>.

³¹ COLLUCCI, Cláudia, “Grupo aciona Supremo por direito a aborto se mulher tiver zika”, *Folha de S. Paulo*, 24 de agosto de 2016, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1806311-grupo-aciona-stf-por-direito-a-aborto-se-mulher-tiver-zika.shtml>>.

que outros juízes sigam o mesmo entendimento. A justificativa dos ministros para decidirem dessa forma é que a criminalização do aborto é incompatível com a Constituição³².

Por outro lado, o Legislativo foi tomado pela expansão dos movimentos fundamentalistas cristãos que ocorreu no mundo. Os neopentecostais fazem parte da bancada mais influente e conservadora do Congresso Nacional e isso explica o porquê, nas últimas eleições, “(...) o debate eleitoral tenha estado centrado na questão do aborto, e não em temas como a economia, a habitação ou a educação (...)”³³. Os fundamentalistas consideram que “(...) a sociedade moderna liberalizou a família, a educação e o aborto, o que é considerado uma traição aos valores cristãos”³⁴. Eles querem uma legislação que proteja a família da intervenção estatal, que encoraje o restabelecimento da unidade familiar, da autoridade parental, do clima de autoridade tradicional e que recupere as relações clássicas entre marido e mulher. Também querem que as estruturas do Estado sejam cristianizadas, como a educação, e que a Bíblia volte a ser reconhecida como fio condutor das políticas estatais³⁵.

Contudo, todos os objetivos dos fundamentalistas cristãos esbarram nos princípios constitucionais que garantem a laicidade do Estado, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. O Estado pode e deve mostrar aos seus cidadãos que a decisão de abortar é muito séria e deve ser tomada com responsabilidade. O aborto não pode ser visto com leviandade ou considerado como um método contraceptivo. Por outro lado, o Estado não pode impor uma visão única sobre o início da vida, essencialmente relacionada à religião, sendo que a laicidade é um dos valores fundamentais dos Estados democráticos. Tomando emprestadas as lições de Dworkin novamente, vale colacionar o seguinte trecho:

³² *Folha de São Paulo* (2016), “Entenda a decisão do STF que reabriu debate sobre criminalização do aborto”, 4 de dezembro, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/12/1838292-entenda-a-decisao-do-stf-que-reabriu-debate-sobre-criminalizacao-do-aborto.shtml>>.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa, “Se Deus Fosse um Ativista dos Direitos Humanos”, Coimbra, Almedina, 2013, p. 71.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, “Se Deus Fosse...”, *op. cit.*, p. 65.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, “Se Deus Fosse...”, *op. cit.*, p. 66.

Existem três situações em que um estado não pode diminuir a liberdade pessoal a fim de proteger um valor intrínseco: (1) quando as decisões que ele proíbe são compromissos pessoais assumidos dentro de um campo essencialmente religioso; (2) quando não há acordo, dentro da comunidade, acerca de qual é a melhor maneira de proteger o valor em questão; e (3) quando a decisão tem um impacto muito grande, até mesmo desproporcional, sobre a pessoa que fica então impedida de decidir³⁶.

O direito à autonomia na procriação deve ter como base o princípio da dignidade da pessoa humana, pois cada um tem o direito e a responsabilidade morais de decidir sobre as questões que são mais essenciais para o sentido e o valor de sua própria vida. As decisões devem ser tomadas de acordo com as suas convicções e a sua consciência³⁷.

Se a sociedade força uma mulher a ter um filho que ela não deseja, isso significa que ela já não tem domínio sobre o próprio corpo. Dessa forma, seu corpo está sendo usado para uma finalidade com a qual ela não concorda e trata-se, assim, de uma escravidão parcial. Ter um filho indesejado pode destruir a vida de muitas mulheres, que ficam impedidas de viver segundo suas

³⁶ DWORKIN, Ronald, “O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana”, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 165.

³⁷ DWORKIN, Ronald, “O direito da liberdade...”, *op. cit.*, p.180.

preferências. Obrigar uma mulher a ter um filho cuja vida será limitada por uma deficiência significa forçá-la a ir contra suas próprias crenças sobre o que é o respeito pela vida humana³⁸.

Optar pelo aborto nunca é uma decisão fácil, pois ela envolve diversos fatores, responsabilidades e questionamentos. E por isso é uma decisão que cabe apenas à mulher e deve ser indiscutivelmente respeitada. Assim, “(...) quando a única justificativa do Estado para proibir o exercício de uma liberdade importante for a proteção de um valor independente com dimensão religiosa, então o Estado não tem o direito de proibir, seja qual for o motivo em questão”³⁹.

O controle da reprodução é condição *sine qua non* da capacidade das mulheres para viverem como iguais⁴⁰. A liberdade para que as mulheres exerçam seus direitos sexuais e reprodutivos, determinando, portanto, se desejam e quando desejam a maternidade, é condição indispensável para que elas possam viver como iguais na sociedade. A particularidade da mulher de ser a única capaz de gerar uma vida, por meio da gestação, nunca deve ser desconsiderada quando o assunto é aborto. Por isso, para que a liberdade das mulheres possa ser genuinamente exercida é necessário que se faça um recorte de gênero na igualdade⁴¹.

Se apenas a mulher engravida, apenas ela pode saber dos seus anseios, das suas condições de vida, dos seus desejos e dos fardos que terá de carregar caso leve a gravidez até o final. O caso do vírus Zika, da microcefalia e de todos os entraves postos para que as mulheres de fato exerçam seu direito à autonomia é só mais uma demonstração de que ainda há muito a fazer. A

³⁸ DWORKIN, Ronald, “O direito da liberdade...”, *op. cit.*, pp. 159-160.

³⁹ DWORKIN, Ronald, “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”, São Paulo, Martins Fontes, 2011, p. 615.

⁴⁰ LAW, Sylvia A., “Rethinking Sex and Constitution”, University of Pennsylvania Law Review, vol.132, 1984, p.1028.

⁴¹ LIMA, Fernanda de Andrade Freire, “O LEGISLATIVO RELIGIOSO VERSUS O ESTADO SECULARIZADO: O ESTATUTO DO NASCITURO, A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES”, *Universidade de Brasília*, Brasília, 2014, p. 45. Disponível em <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10115/1/2014_FernandaDeAndradeFreireLima.pdf>.

legalização do aborto voluntário é o caminho mais acertado para que as mulheres no Brasil tenham de fato o controle das suas vidas, dos seus destinos e dos seus corpos.

Referências Bibliográficas

- BOGAZ, Camila, “Microcefalia: 1.749 casos confirmados no Brasil”, *Agência Saúde*, 27 de julho de 2016, disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/24769-microcefalia-1-749-casos-confirmados-no-brasil>>.
- COLLUCCI, Cláudia, “Grávidas com zika fazem aborto sem confirmação de microcefalia”, *Folha de São Paulo*, 31 de janeiro de 2016, disponível em <<http://tools.folha.com.br/print?site=emcimahora&url=http://ww...as-com-zika-fazem-aborto-sem-confirmacao-de-microcefalia.shtml>>.
- , “Grupo aciona Supremo por direito a aborto se mulher tiver zika”, *Folha de S. Paulo*, 24 de agosto de 2016, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1806311-grupo-aciona-stf-por-direito-a-aborto-se-mulher-tiver-zika.shtml>>.
- CRENSHAW, Kimberlé, “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, in *Revista Estudos Feministas*, 2002.
- Diário de Pernambuco* (2016), “Especialistas e religiosos debatem aborto em casos de microcefalia”, 15 de fevereiro, disponível em <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/brasil/2016/02/15/interna_brasil,626966/especialistas-e-religiosos-debatem-aborto-em-casos-de-microcefalia.shtml>.
- DINIZ, Débora, “A cada minuto uma mulher faz um aborto no Brasil”, *Carta Capital*, 5 de dezembro de 2016, disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/aborto-a-cada-minuto-uma-mulher-faz-um-aborto-no-brasil>>.
- , “Não Grite Eugenia: Ouça as Mulheres”, *Folha de São Paulo*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em

- <<http://agoraquesaoelas.blogfolha.uol.com.br/2016/02/04/nao-grite-eugenia-ouca-as-mulheres/>>.
- DWORKIN, Ronald, “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”, São Paulo, Martins Fontes, 2011.
- , “O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana”, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- LAW, Sylvia A., “Rethinking Sex and Constitution”, University of Pennsylvania Law Review, vol.132, 1984.
- LAZZERI, Thais, “ ‘O zika torna inevitável o debate sobre o aborto’, diz Suzanne Serruya, da OMS”, *Revista Época*, 30 de janeiro de 2016, disponível em <<http://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/01/o-zika-torna-inevitavel-o-debate-sobre-o-aborto-diz-suzanne-serruya-da-oms.html>>.
- LEÃO, Bruna, “O Aborto Masculino é Legalizado”, *Não Me Kablo*, 18 de fevereiro de 2015, disponível em <<http://www.naomekahlo.com/#!O-Aborto-Masculino-é-Legalizado/c1a1n/54e3e21b0cf23137e87d3c60>>.
- LIMA, Fernanda de Andrade Freire, "O LEGISLATIVO RELIGIOSO VERSUS O ESTADO SECULARIZADO: O ESTATUTO DO NASCITURO, A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES", *Universidade de Brasília*, Brasília, 2014, p. 28. Disponível em <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10115/1/2014_FernandaDeAndradeFreireLima.pdf>.
- MCCALL, Leslie, “The Complexity of Intersectionality”, in *Journal of Women in Culture and Society*, 2005, vol. 30, nº, 3.
- MATHIAS, Maíra, “ ‘A população de maior risco à epidemia são mulheres pobres e negras do Nordeste do país’ “, *EPSJV/Fiocruz*, 7 de abril de 2016, disponível em <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/a-populacao-de-maior-risco-a-epidemia-sao-mulheres-pobres-e-negras-do-nordeste>>.
- Ministério da Saúde* (2016), “Boletim Epidemiológico”, volume 47, nº 37, disponível em

O vírus Zika e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no Brasil

<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/novembro/15/2016_031-Mulheres_publicacao.pdf>.

Organização Mundial da Saúde (2016), “Doença do vírus Zika”, 2 de julho, disponível em <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/zika/pt/>>.

PORTINARI, Natália, “Procurador-geral defende legalidade de aborto em grávidas com zika”, *Folha de S. Paulo*, 7 de setembro de 2016, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1811136-procurador-geral-defende-legalidade-de-aborto-em-gravidas-com-zika.shtml>>.

RESK, Felipe, “Homens abandonam mães de bebês com microcefalia em PE”, *Estadão*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,homens-abandonam-maes-de-bebes-com-microcefalia-em-pe,10000014877>>.

Reuters (2016), “U.N. rights boss urges abortion right upheld in Zika outbreak”, 5 de fevereiro, disponível em <<http://in.reuters.com/article/health-zika-rights-idINKCN0VE1FJ>>.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Se Deus Fosse um Ativista dos Direitos Humanos”, Coimbra, Almedina, 2013.

SENRA, Ricardo, “Juiz defende direito a aborto em casos de microcefalia com risco comprovado de morte”, *BBC Brasil*, 26 de janeiro de 2016, disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160121_microcefalia_aborto_zika_rs>.

—————, “Zika e aborto: Camisinha é ‘decisão pessoal’ e mães devem encarar microcefalia como ‘missão’, diz arcebispo”, *BBC Brasil*, 4 de fevereiro de 2016, disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160204_dom_odilo_zika_rs_ab>.

The Guardian (2016), “Zika virus confirmed as cause of microcephaly birth defect, CDC says”, 13 de abril,

disponível em
<http://www.theguardian.com/world/2016/apr/13/zika-virus-confirmed-cause-microcephaly-birth-defect-cdc?CMP=fb_gu>.

UN Women (2016), “Women must be at the centre of the response to the Zika virus, says UN Women Executive Director”, 29 de fevereiro, disponível em
<<http://www.unwomen.org/en/news/stories/2016/2/ed-statement-on-zika-virus>>.

VERDÉLIO, Andreia, “Projeto de lei prevê aumento de pena para aborto em caso de microcefalia”, *Agência Brasil*, 12 de março de 2016, disponível em
<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/nao-e-com-aborto-que-se-resolve-os-problemas-da-sociedade-diz-deputado>>.

A (neuro)política criminal de David Eagleman: o que o garantismo penal tem a dizer sobre isso?

GALVÃO RABELO¹

Universidade de Minas Gerais (Brasil)

INTRODUÇÃO

O notável desenvolvimento tecnológico do século XX produziu profundas transformações nas ciências naturais, que têm avançado em ritmo acelerado. No tocante às ciências do cérebro, o último quartel do século passado foi especialmente marcante, já que as novas técnicas de imageamento cerebral possibilitaram uma verdadeira explosão de novas informações sobre o cérebro humano. A neurociência, desde então, está no topo da pauta científica e, por seu caráter elementar em relação a tudo que é “humano”, promete se relacionar com outros campos do saber, inclusive com a ética e o direito.

O neurocientista norteamericano David Eagleman é um dos pesquisadores que tem trabalhado com a interface entre neurociência e direito penal. Suas pesquisas têm procurado promover um diálogo dos recentes estudos acerca da estrutura e do funcionamento do cérebro humano com os saberes que tratam do comportamento e, especialmente, do comportamento criminal (criminologia).

Eagleman, entretanto, não se limita a esclarecer o comportamento humano e o processo de tomada de decisão a partir do discurso neurocientífico (discurso descritivo da natureza

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

humana). Ele adentra, de forma explícita, no difícil âmbito prescritivo da política criminal e, partindo tão somente de suas conclusões científicas, propõe políticas públicas voltadas para a redução da criminalidade.

Como se sabe, nos modernos Estados Constitucionais qualquer proposta de política pública precisa passar pelo filtro da normatização constitucional. No caso específico das políticas penais, o modelo garantista de direito penal proposto por Luigi Ferrajoli e consubstanciado nos dez axiomas do garantismo penal representa o modelo mais adequado aos valores e às exigências de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Como as propostas político-criminais de Eagleman se apoiaram apenas em pesquisas biológicas, sem qualquer argumentação de ordem constitucional, é preciso levantar o seguinte questionamento: o modelo de direito penal proposto por Eagleman, a partir de conclusões neurocientíficas, se adequa a um modelo garantista de direito penal apropriado para os modernos Estados Constitucionais?

O objetivo principal do presente artigo, portanto, consiste em avaliar o modelo de sistema jurídico-penal proposto por Eagleman à luz dos princípios fundamentais do direito penal, assumindo, como critério para a avaliação, o garantismo penal de Ferrajoli.

Como se verá, Eagleman repete, em novos termos, algumas teses centrais da Escola Positiva do século XIX, que, em termos históricos, serviram para informar modelos autoritários e expansivos de direito penal, o que o afasta de um modelo jurídico-penal limitador da violência inerente ao poder punitivo estatal.

A abordagem proposta neste artigo se justifica tendo em vista o enorme interesse que as pesquisas neurocientíficas, especialmente em sua interface com o crime, têm despertado não apenas no âmbito da criminologia, mas, sobretudo, junto ao público leigo em direito penal. Quando tais pesquisas desembocam em modelos penais que se afastam do garantismo, elas podem somar-se, de forma politicamente perigosa, aos anseios populares/midiáticos de expansão do direito penal. Incumbe, sobretudo, aos juristas denunciar a incompatibilidade dessas abordagens com um modelo garantista de direito penal.

Para atingir o objetivo proposto, o artigo será dividido em três seções. A primeira será dedicada a uma breve apresentação do marco teórico, isto é, das linhas gerais de um modelo garantista de direito penal como foi proposto por Luigi Ferrajoli. Na segunda, as ideias político-criminais de Eagleman serão apresentadas resumidamente e, na última seção, será desenvolvida uma crítica garantista a alguns aspectos de sua proposta.

1. O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI COMO MODELO NORMATIVO DE DIREITO PENAL

Desde a publicação de “Direito e Razão”, em 1989, o termo “garantismo” passou a se referir, na teoria do direito, à obra de Luigi Ferrajoli (SANCHÍS, 2011, p. 19-20; ABELLÁN, 2009, p. 21). Nessa obra, Ferrajoli não apenas desenvolveu uma teoria do garantismo penal, como também esboçou os traços fundamentais de uma teoria geral do garantismo, na qual se vislumbra, como bem assinalou Ibáñez, uma “técnica geral de tutela de todos os direitos fundamentais” (IBÁÑEZ, 2009, p. 60).

Segundo Ferrajoli, o garantismo pode ser compreendido em três acepções diversas, embora conectadas entre si. Pode entendido como: i) filosofia política; ii) modelo normativo de direito e iii) teoria do direito (FERRAJOLI, 2014, p. 785).

Como *filosofia política*, o garantismo exige que o Estado e o direito sejam justificados de um ponto de vista externo – justificação heteropoiética (FERRAJOLI, 2014, p. 787). Para o autor, a existência do Estado e do direito só podem ser justificadas por seu *caráter instrumental* em relação à tutela de direitos vitais. O direito (penal) – assim como o Estado – é um *artifício*, estabelecido de maneira convencional para a proteção de direitos fundamentais. Estes últimos são, portanto, prévios e prioritários em relação ao próprio Estado, servindo, além disso, como critério externo de justificação da própria existência do direito (FERRAJOLI, 2014, p. 811-817).

Como *modelo normativo de direito*, o garantismo requer que se estabeleça um tipo de direito limitador do poder, que é peculiar ao moderno Estado Democrático de Direito (FERRAJOLI, 2014, p. 789-800). O garantismo penal resgata, assim, da ilustração uma

espécie de “filosofia da suspeita” em relação a toda forma de poder (SANCHÍS, 2011, p. 46). Como esclarece Abellán,

a teoria geral do garantismo arranca da ideia – já presente em Locke e em Montesquieu – de que do poder se deve sempre esperar um potencial abuso que é preciso neutralizar fazendo do direito um sistema de garantias, de limites e vínculos ao poder para a tutela dos direitos² (ABELLÁN, 2009, p. 22).

É a necessidade de limitar o poder que justifica a elaboração de um sistema que estabeleça limites materiais e procedimentais ao seu exercício. Em uma de suas acepções, portanto, o garantismo se confunde com aquele *modelo limite* ou *ideal* de direito, que estabelece uma série de limites e condicionamentos para o exercício do poder estatal.

Por fim, garantismo designa também uma *teoria jurídica* que se baseia no paradigma metodológico da separação entre “ser” e “dever ser”. A distinção entre o ponto de vista prescritivo e o ponto de vista descritivo habilita o teórico do direito com um instrumental adequado para denunciar a *divergência (divaricazioni)* entre “validade” (normatividade) e “efetividade” (realidade) do direito (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Para Ferrajoli, a vocação garantista para a tutela de direitos fundamentais só pode ser realizada quando o jurista assume uma postura metodológica que mantém separadas as esferas do “ser” e do “dever ser” (ABELLÁN, 2009, p. 22-23). É nesse sentido que se afirma que Ferrajoli é um herdeiro da tradição juspositivista (VIANNA, 2007, p. 176). Segundo o autor:

A doutrina iluminista da separação entre direito e moral elaborou, a um só tempo,

² No original: la teoría general del garantismo arranca de la idea – presente ya em Locke y en Montesquieu – de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos.

o pressuposto necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal mínimo, enquanto as várias doutrinas pré e pós-iluministas da confusão [entre direito e moral] viram-se colocadas na origem de culturas e modelos penais substancialistas e variadamente autoritários (FERRAJOLI, 2014, p. 216, grifamos).

Para os propósitos deste artigo, o garantismo será compreendido, sobretudo, como um *modelo normativo de direito*. No âmbito jurídico penal, esse modelo corresponde ao da estrita legalidade do sistema garantista (FERRAJOLI, 2014, p 785-786), que exige a implementação dos dez axiomas que Ferrajoli recolhe na tradição jurídico-penal: A1) não há pena sem crime (caráter retributivo da pena); A2) não há crime sem lei (princípio da legalidade); A3) não há lei (penal) sem necessidade (princípio da *ultima ratio*); A4) não há necessidade sem lesão (princípio da lesividade); A5) não há lesão sem conduta (princípio da materialidade da ação); A6) não há conduta sem culpa (princípio da culpabilidade); A7) não há culpa sem processo (devido processo legal); A8) não há processo sem acusação (princípio do sistema acusatório); A9) não há acusação sem prova (princípio do ônus da prova para a acusação); e A10) não há prova sem defesa (princípios do contraditório e da ampla defesa) (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Esse modelo garantista de direito penal, o único efetivamente adequado às exigências normativas do Estado Democrático de Direito, deve nortear tanto a elaboração das normas dos sistemas jurídico-penais concretos, quanto a prática efetiva das agências penais no interior desse sistema. Em outras palavras, os sistemas jurídico-penais e a prática das referidas agências precisam observar as garantias penais e processuais penais.

No entanto, Ferrajoli reconhece que nenhum sistema jurídico concreto consegue implementar esse modelo de forma integral e perfeita: sua realização é sempre aproximativa e existe

sempre um certo nível de ilegitimidade no sistema jurídico e na prática institucional, que pode ser maior ou menor. Por essa razão, não se deve raciocinar em termos de um binômio garantismo *vs.* não-garantismo, mas sim procurar identificar, nos sistemas normativos e na prática jurídica, os diversos *graus de garantismo* (FERRAJOLI, 2014, p. 786).

Isso não significa – é bom esclarecer – que as garantias penais e processuais penais sejam princípios jurídicos sujeitos à ponderação ou à flexibilização. Ferrajoli, na verdade, não descarta da natureza peremptória do sistema de garantias, isto é, do *caráter inegociável* ou *infalível* dos axiomas formulados pelo modelo garantista de direito penal.

Em sua defesa do constitucionalismo garantista ou juspositivista, Ferrajoli (2012) rejeitou expressamente a ideia de ponderação de princípios, sustentando que a própria contraposição entre regras e princípios, do modo como foi formulada por Dworkin e Alexy, representa um inaceitável risco para a normatividade dos direitos fundamentais:

Não se trata de um jogo de palavras. A contraposição, a meu ver inconsistente, instituída, indistintamente, entre regras e princípios tem relevantes implicações práticas. O seu aspecto mais insidioso é o radical enfraquecimento do valor vinculante de todos os princípios, sobretudo se de nível constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 41).

O autor defende, portanto, que os direitos fundamentais são infalíveis: podem ser *legitimamente observados* ou *ilegitimamente inobservados* na legislação e na prática institucional, mas nunca submetidos a um modelo de ponderação jurídica que justifique/legitime seu descumprimento total ou parcial.

Esse caráter inegociável ou infalível dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, das garantias jurídico-penais será também fundamental para explicar como a passagem direta e irrefletida do discurso científico de David Eagleman para o nível

político criminal desconsidera as garantias inerentes a um modelo garantista de direito penal.

2. A POLÍTICA CRIMINAL NEUROCIENTÍFICA DE DAVID EAGLEMAN

As ciências do cérebro vivenciaram um extraordinário desenvolvimento no final do século passado. Quando as novas técnicas de neuroimagem possibilitaram a análise do funcionamento cerebral em tempo real, proporcionando uma série de novas informações a respeito do cérebro humano, o entusiasmo em relação a essa área cresceu exponencialmente. Paralelamente, é possível observar também um forte incremento no número de pesquisas neurocientíficas relacionadas ao crime, as quais, como pontou Walsh, dificilmente poderão continuar sendo desconsideradas por juristas e criminólogos (WALSH, 2009, p. 86).

David Eagleman, neurocientista norteamericano, é um dos pesquisadores que tem trabalhado na interseção entre a neurociência e as ciências criminais. Sua proposta é promover um diálogo profícuo entre os recentes estudos sobre o cérebro humano e as disciplinas ligadas ao fenômeno criminal, a saber, a criminologia³, a política criminal e o direito penal.

Em seu livro “Incógnito”, de 2011, o Eagleman formula a sua tese nuclear de que a “consciência” consiste apenas em uma pequena parte da totalidade de nossa estrutura cerebral. Segundo o

³ Um trabalho interessante de Eagleman e seus colegas no campo da criminologia quantitativa é o desenvolvimento de uma nova base de dados de registro criminal, o *Criminal Record Database* (CRD) que pretende superar algumas deficiências do *Uniform Crime Reports* (UCR). O UCR é uma base oficial de registro criminal muito utilizada em pesquisas criminológicas (SIEGEL, 2011, p. 30-34). O FBI é responsável pela elaboração do UCR, a partir dos dados que lhe são repassados pelas instâncias de aplicação do direito penal. A base de dados (CRD) proposta por Eagleman e seus colegas do Centro de Direito e Ciência de Houston (Texas) é obviamente bem menos abrangente e possui um sistema de dupla categorização: i) uma categorização mais detalhada (com 152 categorias), que oferece mais dados sobre o crime, o processo e o criminoso do aqueles que são fornecidos pelo UCR; e uma categorização mais ampla (com 32 classificações) que homogeneiza a terminologia criminal e possibilita a comparação de dados entre diferentes jurisdições (ORMACHEA et al, 2015).

autor, há no cérebro humano uma espécie de “atuação de bastidores” que, na maior parte dos casos, dirige a ação e o pensamento de forma oculta (incógnita), isto é, sem que o processo chegue a se tornar consciente para o agente (EAGLEMAN, 2012a, p. 1-19). Segundo ele, na verdade, “quase tudo o que acontece em nossa vida mental não está sob nosso controle consciente [...]” (EAGLEMAN, 2012b, p. 16).

O autor compara o impacto das descobertas neurocientíficas com a teoria astronômica de Copérnico: assim como a terra perdeu a sua centralidade no universo com a teoria copernicana, nós também “fomos derrubados de nossa posição no centro de nós mesmos” (EAGLEMAN, 2012b, p. 20), a partir do instante em que se começa a perceber a existência de uma estrutura inconsciente no maquinário cerebral, isto é, de uma parte inacessível de nossa mente (EAGLEMAN, 2012a, p. 12-19). A questão colocada por Eagleman é que “as pessoas têm pouca capacidade de decisão ou de explicar suas ações, motivações e crenças, e que o leme é conduzido pelo cérebro inconsciente, modelado por inúmeras gerações de seleção evolutiva e uma vida inteira de experiências” (EAGLEMAN, 2012b, p. 203).

Não há absolutamente nada a pontuar sobre o trabalho de divulgação científica e sobre as pesquisas estritamente neurocientíficas desenvolvidas por Eagleman. O que se questiona é o que ele chamou de “consequências sociais” das conclusões neurocientíficas (EAGLEMAN, 2012a, p. 190). Em outros termos, o problema surge quando, a partir de seu discurso científico sobre a natureza humana e o funcionamento cerebral, o autor salta *diretamente* para o problema político criminal de como *deve ser* um sistema jurídico-penal que pretenda adequar-se às suas conclusões científicas.

Como observaram criticamente Miranda e Cardoso,

Diversos pesquisadores [em neurociência], partindo de determinada descrição do comportamento humano e do funcionamento cerebral, se aventuram a realizar prescrições em âmbito jurídico, e, de modo especial, na

área criminal. Muitas destas incursões dos neurocientistas na seara do direito penal, entretanto, embora compatíveis com premissas deterministas, desconsideram completamente a evolução da dogmática penal ao longo da história, ignorando ainda suas possíveis consequências políticas (MIRANDA; CARDOSO, 2016, p. 72-73).

É preciso, portanto, analisar o que Eagleman sugere como modelo ideal de direito penal. Uma das preocupações centrais do autor é rechaçar a concepção corrente de que explicar biologicamente o comportamento criminoso importa em isentar o agente de punição. Como a ideia de culpabilidade surgiu, no bojo da doutrina clássica oitocentista, atrelado à concepção moral de livre arbítrio, pode-se inferir que, estando o comportamento de alguém predeterminado por fatores biológicos, não seria possível reprová-lo moral e juridicamente⁴.

Eagleman, entretanto, refuta a necessidade dessa inferência. Para ele, o fato de se considerar que o livre-arbítrio é uma ilusão ou uma intuição moral cientificamente injustificada não leva necessariamente à exculpação dos criminosos. Como o próprio autor esclarece, a compreensão biológica do comportamento humano não importa impunidade: “isentar todos os criminosos de culpa não é o futuro nem o objetivo de uma compreensão melhor. *Explicação não equivale a isenção*” (EAGLEMAN, 2012b, p. 184). O que existe, portanto, é uma interpretação equivocada de que

⁴ Isso é amplamente reconhecido, por exemplo, no caso de comprovação de doença mental no momento da realização da conduta. No direito penal brasileiro, a doença mental afasta a culpabilidade ao excluir a imputabilidade do agente. Nos termos do art. 26 do Código Penal brasileiro, “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRASIL, 1940).

uma compreensão maior da biologia do comportamento das pessoas e das diferenças internas implique o perdão a criminosos e que não os tiraremos mais das ruas. Isso é uma inverdade. A explicação biológica não isentará os criminosos (EAGLEMAN, 2012b, p. 204).

Na visão do neurocientista, aliás, a discussão sobre a existência do livre-arbítrio – que, segundo ele, ainda é “um problema científico válido, relevante e em aberto” – não tem importância para efeitos de aplicação de pena aos criminosos: “*a resposta à questão do livre arbítrio não importa* – pelo menos não para fins de política social [...]” (EAGLEMAN, 2012b, 182). Consoante o que Eagleman denominou *princípio do automatismo suficiente*, “o livre-arbítrio, se existir, é apenas um pequeno fator no alto de uma enorme maquinaria automatizada” (EAGLEMAN, 2012b, p. 183). Desse modo, existindo ou não existindo, sendo relevante ou não para a tomada de decisão humana, o livre-arbítrio não determina a resposta política à questão criminal (EAGLEMAN, 2012a, p. 170-171; EAGLEMAN, 2012b, p. 183).

Mas o que justificaria, então, a responsabilidade penal? Em termos surpreendentemente simples, Eagleman irá sustentar que a justificação do direito penal repousa na defesa social, isto é, na necessidade que a sociedade sempre possuirá de “retirar os malfeitores das ruas”⁵ (EAGLEMAN, 2012a, p. 171, tradução livre).

Na visão do neurocientista, aliás, a questão da responsabilidade penal (imputabilidade) está atualmente mal formulada. A responsabilidade penal hoje baseia-se, segundo ele, na inexistência de fatores biológicos determinantes do comportamento humano. O problema é que somente são considerados para esse fim os determinantes biológicos atualmente detectáveis pelo instrumental tecnológico disponível. Assim, a linha que separa delinquentes inimputáveis com um

⁵ No original: Societies will always need to get bad people off the streets.

problema biológico dos delinquentes imputáveis sem problemas biológicos é uma função da capacidade de detecção dos meios tecnológicos atuais (EAGLEMAN, 2012a, p. 174-176). Com o desenvolvimento tecnológico e científico – Eagleman prognostica – novos fatores determinantes do comportamento humano se tornarão identificáveis, ampliando os elementos do conjunto dos inimputáveis, isto é, alterando a atual linha demarcatória entre imputáveis e inimputáveis (EAGLEMAN, 2012a, p. 175-176 e p. 190):

“Não pode fazer sentido que a culpabilidade seja determinada pelos limites da tecnologia atual. Um sistema de justiça que declare uma pessoa imputável no início de uma década e inimputável no final dela não é um sistema em que a culpabilidade tenha um significado claro” (EAGLEMAN, 2012b, p. 189).

Ainda segundo ele:

O cerne do problema é que não faz mais sentido perguntar: “até que ponto foi por sua *biologia* e até que ponto foi *ele*?” A questão não faz mais sentido porque agora compreendemos que ambas são a mesma coisa. Não há uma distinção significativa entre a biologia e a tomada de decisão de uma pessoa. Elas são inseparáveis” (EAGLEMAN, 2012b, p. 189-190).

É preciso, portanto, partir para uma concepção alternativa de responsabilidade penal. Na formulação de seu “novo” conceito jurídico-penal de responsabilidade, entretanto, Eagleman irá

ressuscitar os velhos paradigmas da anormalidade dos delinquentes⁶ e do conceito biológico/substancial de crime:

O ponto principal do argumento é que os criminosos sempre devem ser tratados como incapazes de ter agido de outra maneira. A atividade criminosa em si deve ser tomada como prova de anormalidade cerebral, independentemente de podermos situar os problemas atualmente mensuráveis (EAGLEMAN, 2012b, p. 190).

Partindo dessa premissa, Eagleman formula uma questão eminentemente político-criminal: o que fazer, a partir de agora, com os delinquentes-anormais (EAGLEMAN, 2012a, p. 177)? Em resposta, o autor irá rechaçar, inadvertidamente, o caráter retributivo da pena – como se se tratasse apenas de um impulso punitivo/vingativo – e defender, exclusivamente, um modelo preventivo voltado para a defesa da sociedade (EAGLEMAN, 2012a, p. 178-180).

Embora as sociedades possuam impulsos arraigados para a punição, um sistema de justiça prospectivo estará mais preocupado em servir à sociedade a partir de hoje. Aqueles que infringem os contratos sociais precisam ser isolados, mas neste caso o futuro tem maior importância do que o passado (EAGLEMAN, 2012b, p. 191).

⁶ Para fazer justiça ao autor, é importante esclarecer que, na nota 24 do capítulo 6, ele explica que o conceito de “anormal” é utilizado em um sentido meramente estatístico e refere-se ao desvio em relação à maneira normal/comum de se comportar. Segundo ele, é possível, por exemplo, supor com segurança que há *algo anormal* no cérebro daquelas pessoas que atiram aleatoriamente nas vítimas, por ser este um comportamento estranho, que quase ninguém pratica (EAGLEMAN, 2012a, p. 177 e 248).

Além disso e de modo coerente com seus pressupostos, o autor propõe a quebra do critério retributivo na dosimetria da pena, ao sustentar que a pena deve ser medida pelo prognóstico de reincidência, e não pela gravidade do fato (EAGLEMAN, 2012b, p. 191). Postula, portanto, na perspectiva da defesa social, a função exclusivamente preventiva da pena⁷. A maior ou menor quantidade de pena deve, segundo ele, ser determinada pela maior ou menor probabilidade de reincidência no caso concreto:

As penas de prisão não precisam mais se basear na vingança, mas podem ser calibradas segundo o risco de reincidência. Um *insight* biológico mais profundo do comportamento permitirá uma compreensão melhor da recidiva – isto é, quem sairá e cometerá mais crimes. [...] algumas pessoas precisam ser retiradas das ruas por um tempo maior, porque a probabilidade de reincidência é alta; outras, devido a uma variedade de circunstâncias atenuantes, têm uma probabilidade de reincidência menor (EAGLEMAN, 2012b, p. 191).

E, embora reconheça que o comportamento humano nunca será totalmente previsível, o autor sustenta que neurociência poderá produzir melhores prognósticos do que os atuais prognósticos subjetivos lavrados por especialistas (EAGLEMAN, 2012a, p. 179):

⁷ Eagleman e seus colegas sustentam que prevenção geral do crime e a prevenção especial positiva (tratamento individualizado) andam de mãos dadas, porque uma grande parte dos crimes é praticada por reincidentes. O sistema deve, portanto, segundo a concepção dos autores, privilegiar a reabilitação individual, a fim de reduzir o crime agregado (ORMACHEA et al, 2016, p. 246).

Os cientistas jamais poderão prever com alto grau de certeza quem reincidirá, porque isso depende de vários fatores, inclusive circunstância e oportunidade. Todavia, é possível fazer boas conjecturas, e a neurociência as fará melhor (EAGLEMAN, 2012b, p. 193).

A visão do autor sobre os fins da pena e o lugar central ocupado pela reincidência em seu sistema político-criminal explica a motivação para o seu projeto de desenvolver ferramentas mais adequadas para a avaliação do risco de recidiva criminal.

O autor juntamente com alguns de seus colegas da iniciativa em Neurociência e Direito do *Baylor College of Medicine* têm pesquisado formas mais objetivas de avaliar a probabilidade de reincidência dos criminosos. O grupo tem trabalhado no desenvolvimento de um software capaz de realizar testes psicométricos de traços cognitivos do agente, traços que, segundo o grupo de pesquisadores, estão diretamente relacionados à reincidência, como agressividade, empatia, planejamento, função executiva, controle de impulsividade etc. Ao final do teste, o software retorna uma pontuação como resultado da avaliação. Essa pontuação consistiria em uma mensuração mais direta e objetiva da propensão à reincidência, apta a auxiliar os agentes do sistema penal na aplicação do direito (ORMACHEA et al, 2016, p. 244-245).

Por outro lado, ao assumir o paradigma da anormalidade do delinquente, o autor chega, como os autores da Escola Positiva do século XIX, à ideia da necessidade de tratamento compulsório (medida de segurança) para quem pratica o ilícito penal:

Uma justiça prospectiva explorará a compreensão biológica em *reabilitação* customizada, vendo o comportamento criminoso como compreendemos outros problemas médicos como a epilepsia, a esquizofrenia e a depressão

– problemas que agora permitem a procura e administração de auxílio (EAGLEMAN, 2012b, p. 194).

E tendo em vista que “o fraco controle dos impulsos é a característica marcante da maioria dos criminosos no sistema carcerário” (EAGLEMAN, 2012b, p. 195), a proposta de tratamento estatal para os criminosos formulada por Eagleman é o que ele denominou de “treinamento pré-frontal” (*prefrontal workout*). Esse *workout* consiste no treinamento dos lobos frontais, com assistência de técnicas de neuroimagem que proporcionam *feedback* em tempo real, a fim de desenvolver a capacidade de controlar impulsos em vista de objetivos de longo prazo. Como explica o autor, “nossa estratégia de reabilitação é dar aos lobos frontais a prática na repressão dos circuitos de curto prazo” (EAGLEMAN, 2012b, p. 196). Eagleman nos oferece um exemplo:

Imagine que você gostaria de resistir melhor ao bolo de chocolate. Neste experimento, você olha fotos de bolos de chocolate durante uma varredura do cérebro – e os pesquisadores determinam as regiões de seu cérebro envolvidas no desejo. Depois a atividade nessas redes é representada por uma barra vertical na tela do computador. Seu trabalho é fazer a barra descer. [...] Você olha a barra e tenta fazê-la descer. [...] você experimenta diferentes recursos mentais até que a barra começa a descer lentamente. Quando desce, significa que você recrutou com sucesso o circuito frontal para reprimir a atividade das redes envolvidas no desejo impulsivo. [...] Ainda olhando as imagens de bolo de chocolate, você

prática fazer a barra descer repetidamente até que fortaleça estes circuitos frontais (EAGLEMAN, 2012b, p. 196).

Dessa maneira, o agente poderá adequar seu comportamento às necessidades da sociedade, sem que haja necessidade de uma intromissão estatal mais intensa em seu cérebro (EAGLEMAN, 2012a, p. 182-186): “para ajudar um cidadão a se reintegrar na sociedade, o objetivo ético é mudá-lo o *mínimo possível* a fim de que seu comportamento se coadune com as necessidades da sociedade” (EAGLEMAN, 2012b, p. 195).

Seguindo essa trilha, Eagleman postula que a ideia de punição deve incorporar o propósito da modificação comportamental (EAGLEMAN, 2012a, p. 188). Em outras palavras, a ideia de imputabilidade penal deve ser substituída pela de *modificabilidade* comportamental: “a ideia será castigar apenas quando o comportamento *pode ser modificado*” (EAGLEMAN, 2012b, p. 202). Do contrário, a punição seria inútil e cruel. A pena deve basear-se, portanto, apenas na noção biológica de neuroplasticidade⁸ (EAGLEMAN, 2012a, p. 188-189).

Volta, entretanto, nesse ponto, outro antigo problema: nem todos os sentenciados responderão positivamente ao tratamento estatal – em termos estatísticos, haverá sempre os incuráveis. Seguindo essa linha de raciocínio, duas respostas estatais devem ser adotadas: para aquelas pessoas cujo

⁸ Seguindo a hipótese da plasticidade cerebral, as conexões neurais (o funcionamento cerebral) podem ser alteradas pela experiência. Como explica Kandel, “as sinapses químicas são funcional e anatomicamente modificadas por meio da experiência e do aprendizado tanto quanto durante o desenvolvimento precoce. Alterações funcionais e mudanças fisiológicas são geralmente de curto prazo e resultam em alterações na efetividade das conexões sinápticas existentes. As alterações anatômicas são, em geral, de longo prazo e consistem no crescimento de novas conexões sinápticas entre neurônios. É essa plasticidade funcional dos neurônios que caracteriza cada um de nós como seres individuais (KANDEL et al, 2014, p. 33). Eagleman acredita que, no futuro, a sociedade poderá estabelecer um indicador para medir a neuroplasticidade (EAGLEMAN, 2012a, p. 189).

comportamento pode ser alterado, aplica-se a pena/tratamento; já para os incorrigíveis, resta apenas a incapacitação.

No caso dos incorrigíveis, aliás, Eagleman sustenta que o encarceramento é totalmente justificável como instrumento de incapacitação do delinquente, com vistas à defesa social. Segundo ele, “se não se puder modificar um criminoso condenado de forma útil mediante punição, ele simplesmente deve ser isolado” (EAGLEMAN, 2012b, p. 202). E, mais adiante, sentencia: “o juiz deve agir em prol da segurança da sociedade” (EAGLEMAN, 2012b, p. 205) e “se a punição não for útil, então coloque a pessoa sob o controle do Estado para os fins de *incapacitação*, e não de castigo” (EAGLEMAN, 2012b, p. 205).

O problema é que, como veremos na próxima seção, a sua proposta político-criminal repete, no essencial, algumas concepções da velha Escola Positiva italiana do século XIX, concepções que informaram cientificamente modelos autoritários ou não-garantistas de direito penal.

3. AVALIAÇÃO GARANTISTA DE ALGUNS ASPECTOS DA POLÍTICA CRIMINAL DE DAVID EAGLEMAN

As propostas político-criminais de David Eagleman levantam uma série de problemas. Neste artigo serão abordados alguns deles, procurando mostrar como o autor resgata, em diversos momentos, concepções ultrapassadas do positivismo criminológico novecentista. Isso ocorre, por exemplo, quando Eagleman defende o paradigma da anormalidade do delinquente e quando propõe a substituição do paradigma retributivo por uma concepção exclusivamente preventiva voltada para a reabilitação ou para a incapacitação.

Assim como ocorreu em relação à Escola Positiva do século XIX, Eagleman cai em algumas falácias naturalistas ao propor uma passagem, direta e sem intermediação normativa adequada, do nível descritivo das ciências do cérebro para o nível prescritivo da política criminal⁹. Toda formulação de políticas

⁹ A impossibilidade lógica de evoluir de premissas descritivas para conclusões prescritivas – a chamada *falácia naturalista* – está na base da epistemologia do garantismo juspositivista de Ferrajoli (VIANNA, 2007, p. 175; FERRAJOLI, 2014, p. 205). Como observou Ferrajoli, no século XIX “a doutrina da separação

públicas no Estado Democrático de Direito contemporâneo precisa respeitar, tanto na forma quanto no conteúdo, os preceitos constitucionais. O que se pretende, portanto, nesta seção, é avaliar as propostas de Eagleman à luz de um modelo garantista de direito penal, que nada mais é do que o modelo normativo de direito próprio dos Estados Constitucionais modernos.

3.1. A unilateralidade da noção de defesa social

A base teórica de toda a construção político-criminal de Eagleman repousa em uma concepção demasiadamente pobre e unilateral sobre a missão do direito penal. Segundo ele, o direito penal e o sistema judiciário servem, exclusivamente, para a *defesa da sociedade*. Esse tipo de concepção, muito forte também na Escola Positiva do século XIX, obviamente favorece a ampliação da violência inerente aos sistemas penais – “tudo é justificável quando se trata de proteger a sociedade”...

O modelo garantista de direito penal, ao contrário, “se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade [...]” (FERRAJOLI, 2014, p. 786). O garantismo penal de Ferrajoli justifica a existência da pena em sua capacidade de reduzir a violência, tanto a violência representada pelo crime, quanto a violência relacionada com a reação social ao delito e a atividade punitiva do Estado. A ideia unilateral de defesa social conduz ideologicamente à expansão desarrazoada do sistema penal. O direito penal não apenas protege a sociedade da violência representada pelo crime, mas também protege o criminoso da violência estatal e dos meios não-institucionais de punição (FERRAJOLI, 2014, p. 308-314). É nesse sentido que Ferrajoli sustenta que a lei penal é a “lei do mais fraco”: protege a sociedade que é mais fraca no momento do

entre direito e moral viu-se ofuscada. No plano filosófico tal acontecimento se deu pelo fato de que a distinção aqui efetuada entre o seu uso assertivo, correspondente a teses cientificamente verdadeiras, e o seu uso prescritivo, equivalente a opções políticas, nem verdadeiras nem falsas, sobre os limites do direito, em particular do direito penal, jamais foi totalmente clara” (FERRAJOLI, 2014, p. 210).

delito e protege o acusado que é mais fraco no momento da reação social ao crime.

O objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício arbitrário das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. [...]. É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança (FERRAJOLI, 2014, p. 311).

Essa dupla função do direito penal proposta pelo garantismo é totalmente negligenciada pela ideologia da defesa social. E, como é esta velha e autoritária ideologia que norteia o pensamento político-penal de Eagleman, ele não consegue evitar que sua teoria padeça dos mesmos problemas que afligiram os grandes mestres da criminologia positivista italiana do século XIX.

3.2. A anormalidade do delinquent

Eagleman repete também os passos da Escola Positiva do século XIX ao romper, perigosamente, com o *paradigma da normalidade* do delinquent. Como se sabe, esse paradigma foi fundamental para a formulação político-liberal de um modelo de direito penal adequado aos princípios da legalidade e da materialidade. Considerando que o crime é simplesmente o resultado de uma convenção social (a lei penal), o paradigma liberal sustentou – e sustenta – que qualquer pessoa, em algum

momento de sua vida, pode descumprir uma determinação penal. Em um tal cenário, não é tão relevante o “ser” da *pessoa* que pratica o fato, mas sim o *próprio fato* definido como crime pela lei penal.

O paradigma da normalidade do delinquente pode ser relacionado com o *convencionalismo penal*. Como esclarece Ferrajoli (2014), o convencionalismo penal indica que o fato-crime é aquilo – e somente aquilo – que a lei penal define como tal. Não existe um conceito ontológico ou substancial de crime que preexistia à definição legal. O crime é simplesmente uma convenção criada pela autoridade jurídica e toda forma de substancialismo penal – doutrina que busca um conceito substancial de crime – é a porta de entrada para modelos autoritários de direito penal, uma vez que desvaloriza o papel constituidor da lei penal. O juiz que se orienta por uma concepção substancial de crime dificilmente se limitará à definição legal do delito ao concluir por sua existência concreta. Antes, tenderá a impor à lei sua concepção substancial de crime. Com isso, viola-se um dos axiomas mais fundamentais do garantismo penal, a saber, o princípio da legalidade, segundo o qual não pode haver crime sem lei penal (*nullum crimen sine lege*).

Somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou *por anormalidade*, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha comprovado ser responsável não é um juízo moral *nem um diagnóstico sobre a natureza anormal ou patológica do réu* (FERRAJOLI, 2014, p. 41-42, grifamos).

No século XIX, a Escola Positiva partiu da premissa de que o delinquente é sempre um *anormal*, cujo impulso para delinquir está muitas vezes fora de seu controle¹⁰. Quando se

¹⁰ Como ressaltou Zimmermann, a concepção da anormalidade do delinquente e a visão de que o criminoso é um doente, é a marca do surgimento dos estudos biológicos sobre o crime nos séculos XVIII e XIX

parte dessa premissa, chega-se, inevitavelmente, à naturalização do conceito de crime, o qual passa a ser explicado como um ente biológico e pré-jurídico (um dado ontológico), isto é, como “algo” que existe no criminoso independentemente da lei penal.

Garófalo, por exemplo, teve como uma de suas principais linhas de pesquisa a busca de um conceito de “crime natural”, um conceito de delito que pudesse transcender as especificidades legislativas de cada Estado e tornar-se uma concepção universal de crime¹¹. É fácil perceber que, com essa abordagem, o criminólogo italiano deixou para atrás o cerne do convencionalismo penal. Garófalo busca algo como o “ser” do crime, e, sem dúvida, essa visão ontológica de crime enfraquecerá o poder confiado ao legislador para definir, dentro de certas balizas constitucionais, o que é o crime, além de investir o juiz com um poder, que não foi constitucionalmente confiado a ele, de determinar a existência concreta do crime além e independentemente da lei. Certamente esse tipo de concepção serviu – e ainda tem servido – como base teórica para a formulação de políticas criminais que fragilizam o caráter *convencionalista* do *princípio da legalidade penal*.

E é exatamente essa concepção de crime como ente biológico que, no essencial, é repetida por Eagleman ao afirmar que o “crime” – seja lá o que for que ele queira designar com este termo – é sempre um sinal de externo de anormalidade cerebral¹².

(ZIMMERMANN, 2011, p. 28-48). Essa ideia aparece, por exemplo, em Cesare Lombroso. Para o médico italiano, o crime, tal como a demência moral, tem sempre um fundo “nerológico”, isto é, “é sempre uma parada do desenvolvimento de algumas faculdades que permanecem no estado infantil” (LOMBROSO, 2007, p. 220). O criminoso é, portanto, na visão de Lombroso, biologicamente distinguível dos não-criminosos. Além disso, sendo o criminoso alguém que se encontra em um estágio evolutivo anterior em relação aos homens “normais”, ele está fatalmente fadado à reiterada violação da lei (RAFTER, 2009, p. 74).

¹¹ Como explica Anitua, o delito natural, segundo Garófalo, consiste na violação de dois sentimentos – pelo menos, da forma como estes sentimentos se desenvolveram na cultura europeia: “os dois sentimentos básicos e naturais seriam a piedade e a probidade. [...] Os delitos que lesam a piedade são aqueles que afetam a vida ou a saúde. E os que lesam a probidade – ou justiça – a são aqueles que atentam contra a propriedade” (ANITUA, 2008, p. 314).

¹² Pode-se, no entanto, questionar: seria realmente anormal uma pessoa que viola

Outro problema que deriva da concepção da anormalidade dos delinquentes é sua incompatibilidade com o modelo de *direito penal do fato*. Ver o criminoso como um *cérebro anormal*, fadado à reiterada violação da lei – o que explica, aliás, a obsessão de Eagleman pelo tema da reincidência –, retira o foco do *evento criminoso* (do fato-crime) e o coloca na *pessoa* por trás do crime. O criminoso passa a ser visto como um cérebro doente, ainda que sua anomalia não possa ser determinada com os meios tecnológicos atualmente disponíveis. O risco político começa quando o crime deixa de ser o pressuposto fundamental da pena e passa a ser visto como o simples sintoma de uma personalidade criminosa que deve ser alterada ou neutralizada (BATISTA, 2011, p. 45). O acusado passa a ser julgado por *ser* “criminoso” e não por ter praticado um fato definido como crime¹³.

Esse tipo de visão sobre o delinquente, bem presente no positivismo criminológico novecentista, dará ensejo a uma série de transformações históricas no direito penal fortemente fragilizadoras do princípio da materialidade ou da exterioridade da ação (*nulla injuria sine actione*). Consoante esse princípio, só pode ser considerado delito aquilo que se materializa em um comportamento específico, pontual e suscetível de descrição empírica. Como afirma Ferrajoli:

De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de

direitos autorais na internet, que se envolve em uma briga ou discussão, que fala mal de alguém com um colega ou que pratica uma lesão corporal culposa? É o Estado que define o que é “normal” ao tipificar as condutas?

¹³ Em um determinado momento, Eagleman faz a seguinte pergunta: “o que faremos, *daqui em diante*, com um criminoso acusado?” (EAGLEMAN, 2012b, p. 190; EAGLEMAN, 2012a, p. 177). É interessante notar que, nessa passagem, o autor rotula o sujeito como “criminoso” antes mesmo do julgamento, já que o crime, em sua concepção, é mais um evento biológico do que o resultado de convenções humanas.

ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal (FERRAJOLI, 2014, p. 440).

E é exatamente isso que se perde quando se deixa de pensar em termos de fato-crime e de comportamento externalizado para se pensar em “cérebros criminosos”. Deslizasse, facilmente, para um modelo de *direito penal do autor*. Como explica Ferrajoli, concepções como estas, contribuem para a ampliação da violência penal:

A referência ontológica externa - seja ela a pecaminosidade intrínseca do delito ou a *anormalidade antropológica do réu* -, concebida, nestes casos, como suficiente quer para a definição teórico-jurídica do delito, quer para a justificação ético-política da sua punição, com efeito, não desenvolve nenhuma função de limitação ou de deslegitimação do direito positivo, valendo para endossar seus conteúdos, e para solicitar-lhe a extensão pelo maior número possível de desvios morais ou naturais, segundo projetos pampenalistas de saneamento moral e de controle disciplinar da sociedade (FERRAJOLI, 2014, p. 213-214).¹⁴

¹⁴ Tem razão, portanto, Vera Maluguti ao observar que, enquanto a filosofia da ilustração serviu para fundamentar a limitação do poder punitivo do Estado, o positivismo criminológico serviu para legitimar a sua expansão (BATISTA, 2011, p. 44).

A concepção de que delinquentes são seres anormais perturba, portanto, o modelo garantista de direito penal, uma vez que a simples assunção dessa ideia acarreta a flexibilização de duas garantias substanciais do direito penal, a saber, as garantias da legalidade e da materialidade¹⁵.

3.3. O abandono do paradigma retributivo

Eagleman propõe ainda que se abandone a ideia de que a pena tenha caráter retributivo – o que ele atribui a nossos impulsos punitivos – para colocar, em seu lugar, a ideia de tratamento/reabilitação dos criminosos modificáveis e de incapacitação dos criminosos não-modificáveis. Na verdade, a noção de anormalidade dos delinquentes, que, como se viu, é um traço comum às propostas de Eagleman e da Escola Positiva do século XIX, reforça significativamente a concepção de defesa social, já que, se o criminoso é apenas um “cérebro anormal”, muitas vezes imodificável, resta à sociedade defender-se dele com os meios de que dispõe: tratamento para os curáveis e neutralização dos incuráveis.

Apesar de apresentar sua proposta de destruição do conceito de imputabilidade como algo necessário para um direito penal que olhe para o futuro, a proposta em si mesma não é nova, consistindo, na verdade, em uma nova roupagem para velhas alternativas historicamente dolorosas ao modelo garantista de direito penal¹⁶.

¹⁵ Um exemplo histórico interessante pode ser retirado do direito penal socialista do século XX. Como se sabe, o direito penal socialista foi muito influenciado pela escola positiva italiana, especialmente por Ferri. É bem conhecida a crítica socialista ao princípio “burguês” da legalidade e a formulação da ideia alternativa de “legalidade socialista”. Independentemente do mérito teórico que possa ter tido, o certo é que a proposta teve como efeito prático a flexibilização da garantia da legalidade, o que facilitou a perseguição de adversários políticos pelo regime. O momento mais dramático da queda do princípio da legalidade é representado pelo Projeto Krylenko de 1930, cuja característica mais marcante era a ausência de uma parte especial que definisse os crimes e previsse as penas (SALES, 2005, p. 45-84).

¹⁶ Pachukanis, um dos grandes teóricos do direito soviético, já havia criticado o conceito de imputabilidade, que ele considerou um conceito não-científico e totalmente dependente de uma concepção não-determinista do crime: “do ponto de vista do encadeamento das causas que determinam um evento

Veja-se, por exemplo, a descrição da teoria penal de Ferri feita por Anitua, a fim de perceber a sua proximidade, no essencial, com as propostas penais de Eagleman:

Ferri propunha, de fato, substituir a categoria “clássica” de responsabilidade moral pela “positiva” de responsabilidade social. O delito não podia imputar-se, segundo ele, a um ato livre de vontade, mas sim a um comportamento individual concreto e “causado”: a reação lógica da sociedade será, mirando o futuro, a de impedi-lo. Essa reação será uma medida de legítima defesa tanto depois de um comportamento delitivo quanto também antes dele, para o qual Ferri proporia os “substitutivos penais” e as “medidas” pré-delituais. Todas elas não teriam somente um valor para a sociedade ao excluir, mas também pretendiam “incluir”, através do tratamento curativo ou reeducador. Isso dependeria do “tipo” de autor, e não do fato, e também do tratamento considerado mais idôneo. Daí se deduziria a duração do castigo, a qual, para sua maior comprovação, tenderia à pena indeterminada (ANITUA, 2008, p. 313).

qualquer, não há a menor razão para que se privilegie uma certa cadeia causal em detrimento de qualquer outra. As ações de um homem psicologicamente anormal (irresponsável) são tão determinadas por uma série de causas (hereditariedade, condições de vida, meio etc.), como as ações de um homem inteiramente normal (completamente responsável)” (PACHUKANIS, 1988, p. 129).

Mas, o que gostaríamos de destacar aqui é o fato de Eagleman defender que a dosimetria da pena deve ter por base o risco ou a probabilidade de reincidência (preocupação com o futuro) e não a retribuição ao crime já cometido (preocupação com o passado). A quebra do caráter retributivo da pena dá ensejo a um modelo autoritário de direito penal, pois significa o abandono de uma importante limitação ao poder punitivo estatal: a noção de *proporcionalidade*. Antes de se tratar apenas de um impulso pessoal de vingança em relação ao crime, como sustentou Eagleman, a ideia de retribuição é também uma garantia penal que estabelece que a quantidade e a intensidade da pena não podem ultrapassar, em nenhuma hipótese, o grau de gravidade do delito apenado. Quando a proporcionalidade entre o crime e pena deixa de ser um limite ao poder de punir e a pena passa a ser fixada apenas com base em considerações meramente preventivas, chega-se facilmente – como chegou Ferri – às medidas indeterminadas ou mesmo – como imaginou Garófalo – à neutralização do delinquente pela pena capital, que é a incapacitação por excelência do criminoso perigoso¹⁷. Qualquer espécie de delito, não importando a gravidade, poderia servir de pretexto para as penas mais violentas, longas e arbitrárias.

É de se considerar, ainda, que a concepção de que o crime é um sintoma da doença que o provoca, pode dar ensejo a uma das piores espécies de política criminal imaginável: aquela que viola o princípio elementar da *retributividade*. Segundo a garantia da retributividade não pode haver pena sem a prévia existência de um crime (*nulla poena sine crimine*). Mas se o crime não é um tipo de comportamento que qualquer pessoa pode praticar, mas a ação sintomática de um anormal, é fácil concluir – embora Eagleman não tenha dito isto – que não existe razão suficiente para exigir que o Estado espere a ocorrência do crime para a neutralização do

¹⁷ Garófalo propunha a pena de morte para os indivíduos desprovidos do sentimento de piedade, os quais, em sua visão, seriam irreversíveis. Como descreveu Anitua, “para ele, seria agravar o sofrimento das vítimas que elas tivessem de pagar, com seus impostos, o sustento dos condenados na prisão; por isso ele se apunha à segregação através da prisão perpétua, preferindo a pena capital” (ANITUA, 2008, p. 315). Como acentua Garófalo, “quando se trata de delinquentes incorrigíveis a única fórmula segura de eliminação é a morte” (GARÓFALO apud ANITUA, 2008, p. 315).

delinquente. Uma vez identificado o criminoso-doente, a política criminal mais eficiente, em termos de *defesa social*, seria antecipar a intervenção penal, desvinculando-a de qualquer prática prévia de um delito. Nesse momento, o conceito de *periculosidade (temeritã)* – que, segundo Anitua, foi inventado por Garófalo (ANITUA, 2008, p. 314) – é colocado no centro do direito penal como gatilho deflagrador da pena, no lugar antes ocupado pelo conceito de crime, fazendo roer os pilares mais básicos de um modelo garantista de direito penal¹⁸.

A proposta de Eagleman passa por todas essas questões: desafia o caráter limitador da garantia da proporcionalidade penal, além de possuir em si o gérmen da ruptura com a garantia da retributividade da pena (*nulla poena sine crimine*).

CONCLUSÃO

A neurociência certamente fornecerá subsídios muito valiosos para uma melhor compreensão da natureza humana, o que inclui a tomada de decisão e o comportamento humano e, possivelmente, a sua contribuição será decisiva no que tange à reforma de diversos sistemas e institutos jurídicos. Mas é preciso ter cautela. Especialmente no âmbito do direito penal que comumente lida com relações intensamente violentas – de um lado, a violência representada pelo crime; de outro, aquela que resulta da reação estatal ou informal a ele.

O próprio Eagleman, na nota 26 do capítulo 6 de “Incógnito”, reconhece que é preciso ter cuidado diante dessas questões:

A cautela é de importância, porque as histórias biológicas do comportamento humano foram mal utilizadas no passado em apoio a certos programas. Porém, o uso impróprio no passado

¹⁸ É assim que em Ferri a pena aparece como “uma repressão necessária para defender o organismo social, não contra decisões a-sociais, mas sim contra o estado perigoso de alguns indivíduos. O delito era simplesmente o sintoma, o fato que revela a personalidade perigosa. O recurso à pena teria como objetivo exatamente transformar essa personalidade” (ANITUA, 2008, p. 311).

não implica que os estudos biológicos devam ser abandonados; implica apenas que devem ser aprimorados (EAGLEMAN, 2012b, p. 260).

De um ponto de vista garantista, entretanto, a utilização político-criminal dos estudos biológicos levada a cabo por Eagleman em nada aprimoram ou superam esses problemas históricos, mas antes fazem ressurgir muitos de nossos fantasmas do passado. O neurocientista repete, de forma assustadora, propostas político-criminais novecentistas historicamente experimentadas, fracassadas e dolorosas – propostas que, inclusive, inspiraram a construção de um modelo jurídico garantista e de sistemas minimalistas de direito penal.

Na visão de Eagleman, como vimos, a prática do crime é prova suficiente da anormalidade cerebral do agente – ainda que esta não possa ser atualmente detectada. Isso faz com que o indivíduo anormal, uma vez detectado, passe a ser tratado como indivíduo biologicamente criminoso. O cérebro criminoso tem boas chances de reincidir, já que o problema cerebral, que anteriormente determinou o comportamento criminoso do agente, permanece lá. Mas isso não significa, segundo Eagleman, que a sociedade irá abrir mão da faculdade de se defender dos cérebros criminosos. A sociedade irá, portanto, oferecer tratamento a quem pode ser tratado e incapacitar aqueles que não podem.

Essa retomada da antiga compreensão de que os delinquentes não passam de pessoas anormais, ora modificáveis, ora incorrigíveis, catalisa concepções unilaterais de defesa social em face do criminoso-doente, biologicamente destinado à reincidência. Além disso, vulnera o convencionalismo penal, ao favorecer a criação de um conceito biológico de crime totalmente descolado da garantia de mera legalidade, e fragiliza a garantia da materialidade, por proporcionar a construção de sistemas penais mais preocupados com o autor do crime do que com o fato-crime. Pode, por fim, dar ensejo a propostas eminentemente autoritárias de antecipação da tutela penal através da ruptura com o caráter retributivo da pena. Por fim, a proposta formulada por Eagleman de que a dosimetria deve se basear no risco de reincidência e não

na gravidade do crime atinge em cheio a garantia da proporcionalidade penal.

O problema que parece perpassar toda a proposta do neurocientista situa-se no fato de que ele promove uma transição simplista e não-refletida de argumentos do âmbito do “ser” para argumentos prescritivos típicos do âmbito do “dever ser”. Sua proposta consiste fundamentalmente em adequar o sistema penal a suas conclusões neurocientíficas, como se não houvesse nada mais a ser considerado. Não contribuí, portanto, para o fortalecimento de um modelo garantista de direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 21-39.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008. Título original: *Historias de los pensamientos criminológicos*.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Parte Geral com redação dada pelo Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- EAGLEMAN, David. **Incognito: the secret lives of the brain**. New York: Vintage Books, 2012a.
- EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012b.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e neoconstitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 59-75.
- KANDEL, Eric R.; BARRES, Ben A.; HUDSPETH, A. J. As células nervosas, os circuitos neurais e o comportamento. In: KANDEL, Eric R. et al. **Princípios de neurociências**. Tradução de Ana Lúcia Severo Rodrigues et al. Revisão técnica de Carla Dalmaz, Jorge Alberto Quillfeldt. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 19-34.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. Título original: Uomo delinquente.
- MIRANDA, Isadora Eller Freitas de Alencar; CARDOSO, Renato César. Neurociência, determinismo e garantismo penal. In: NORIJI, Sérgio (coord.). **Direito, psicologia e neurociência**. Ribeirão Preto: IELD, 2016. p. 61-79.
- ORMACHEA, Pablo A.; HAARSMA, Gabe; DAVENPORT, Sasha; EAGLEMAN, David M.. A new criminal records database for large-scale analysis of policy and behavior. **Journal of Science and Law**, v. 1, n. 1, p. 1-7, sept. 2015.
- ORMACHEA, Pablo A.; DAVENPORT, Sasha; HAARSMA, Gabe; JARMAN, Anna; HENDERSON, Howard; EAGLEMAN, David M.. Enabling individualized criminal sentencing while reducing subjectivity: A tablet-based assessment of recidivism risk. **American Medical Association Journal of Ethics**, v. 18, n. 3, p. 243-251, mar. 2016.

A (neuro)política criminal de David Eagleman: o que o ...

- PACHUKANIS, Evgeny B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- RAFTER, Nicole (Org.). **The origins of criminology: a reader**. Abingdon: Routledge, 2009.
- SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Garantismo y derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.
- SIEGEL, Larry J. **Criminology**. 11. ed. Wadsworth: Cengage Learning, 2011.
- VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZIMMERMANN, Egberto. **Criminologia e natureza humana: possíveis contribuições da psicologia evolucionista para o estudo da criminalidade**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.
- WALSH, Anthony. **Biology and criminology: the biosocial synthesis**. New York; London: Routledge, 2009.

Mutilación genital. Una solución ibérica diversa, a un problema transnacional de derechos humanos

MARCO RIBEIRO HENRIQUES¹

DANIELA SERRA CASTILHOS²

Universidade Portucalense (Portugal)

INTRODUCCIÓN

Por relevarse una temática de eminente actualidad e importancia, optamos por caracterizar en esta sede, los datos y, por consiguiente el objeto de nuestro problema por ahora. En una extensión que queremos sintética y mayoritariamente expositiva del fenómeno de la Mutilación Genital, como problema de derechos humanos, por referencia a su afectación global y predominancia acerca del género femenino. Datos recientes de la Organización Mundial de Salud (OMS), refieren que cerca de 140 Millones de mujeres en el mundo, habrán sido sometidas a prácticas de Mutilación Genital Femenina (MGF), no medicamente recomendada.

De estas, según los datos de 2012, publicados por la UNICEF, cerca de 4 millones sucedieron en el continente africano, en países como Nigeria, Etiopia o Egipto. La MGF es

¹ Investigador del Instituto Jurídico Portucalense, Jurista pro bono y Coordinador del Grupo de Juristas de la Amnistía Internacional - Portugal, y Jurista Relator pro bono del Observatorio de los Derechos Humanos. Correo Electrónico: mrh.ijp@uportu.pt

² Professora Auxiliar do Departamento de Direito de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPI), Doctora en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca. Cordinadora Asociada del Grupo de Investigación Internacional "Dimensions Of Human Rights" del Instituto Jurídico Portucalense. Miembro y investigadora del Centro de Estudios de la Mujer (CEMUSA) de la Universidad de Salamanca. Correo Electrónico: dcastilhos@upt.pt.

reconocida internacionalmente como una grave violación de los derechos humanos, de las mujeres, pero también de los niños, provocando danos irreparables. Se trata de una práctica discriminatoria en función del género, profundamente arraigada en las desigualdades y asimetrías de poder entre hombres y mujeres, en determinadas zonas del globo. La MGF coloca en crisis los derechos humanos más fundamentales como la igualdad, la dignidad y la integridad física e intelectual de las mujeres. Pero, y desde luego, su inalienable derecho a la vida e irreductible derecho a vivir libre de tortura o tratamiento cruel, deshumano o degradante.

Recientemente, Portugal y España, han ratificado la Convención de Estambul, y a par de los restantes Estados signatarios se obligó a establecer medidas en el combate a la violencia de las mujeres. Adversidad, que engloba tanto de transversal como de contemporáneo.

El Parlamento Europeo calcula que cerca de 500.000 mujeres sometidas a la MGF, viven actualmente en Europa, e más de 180.000 chicas están en riesgo de ser sometidas anualmente a esta práctica cultural, dentro de las fronteras europeas. Sobre todo, en lo ya perfilado; “Turismo para la Mutilación Genital Femenina”. En ese sentido, Portugal, siguiendo el movimiento legislativo Europeo, encerró en el último verano, una sólida e constructiva discusión normativa, que culminó en el proceso legislativo concretizado en la 38ª Revisión del Código Penal (CP) aprobado por la ley 400/08 de 23 de septiembre.

Por consiguiente, a la reciente Ley 83/2015 de 5 de agosto, a par de la creación de los crímenes de persecución y casamiento forzado y alteración de los crímenes de violación, coacción sexual e importunación sexual, cumple el dispuesto en la Convención de Estambul, con la afirmación legal de tipicidad normativa exclusiva, que hoy criminaliza de forma clara, la conducta y la causalidad, atribuyendo un sentido de crimen público a la mutilación genital femenina.

Ya en el plano de la legitimidad territorial, Estambul, vino enaltecer el carácter urgente en abolir fronteras de punición jurídico- territoriales. Portugal no es una excepción. Al acoger un mosaico multicultural, aglutinador de personas oriundas de toda

parte del globo, Portugal enfrenta ahora nuevas concepciones y costumbres culturales diversas, en un fenómeno que conduce a un renovado proceso de interculturalidad.

En este proceso, nuevos usos y costumbres serán asimilados, pero habrá otros que tendrán de ser perentoriamente banidos, a favor de los principios basilares de un Estado de Derecho Democrático y en la dirección de la tradición humanista del viejo continente. En este sentido y en lo dispuesto de esta afirmación jurídica inequívoca, cuyo tipo legal ya no ofrece dudas, subsisten reservas cuanto al proceso de aplicación de la norma, por referencia al dominio de la investigación, particularmente de las cuestiones atinentes a la denuncia y búsqueda de pruebas.

En el presente ejercicio de caracterización del fenómeno de la MGF, desenvolveremos el contenido de nuestra investigación, por referencia a una metodología de observación y descripción normativa.

Nuestros resultados serán aquí presentados, subdividiendo nuestra exposición en tres grandes momentos nucleares. Primeramente a través de una caracterización del problema, a la que encadenaremos con una visión panorámica a cerca de la evolución normativa de la solución legal, y por fin concluiremos nuestra breve exposición, presentando algunos resultados de nuestra investigación, bien como las críticas constructivas y demás propuestas, que entendemos pertinentes tejer, en sede de conclusión. Partiendo del paradigma Internacional para el caso Portugués, este trabajo se propone discurrir sobre las implicaciones de la mutilación genital femenina, desde el plano de su realidad local, para el paradigma internacional del problema, a la luz de las obligaciones ratificadas por los Estados, parte de la Convención de Estambul. Particularmente para el Estado Portugués, en materia de combate a la adversidad humanitaria, ante el cual colocamos la tónica de la mutilación genital por razón no médica, en nuestra exposición.

1. Una cuestión de derechos humanos

La Mutilación Genital Femenina (MGF), viene definida en la literatura, consubstanciándose en cualquier procedimiento

que envuelva la remoción total o parcial de los órganos genitales femeninos externos y/o que provoque danos infligidos a los mismos por motivos no médicos. La prevalencia de esta costumbre reporta para millones de mujeres en todo el mundo. La mayoría de las sociedades, defiende que esta práctica es necesaria para la educación de una chica y preparación para su vida adulta y como ritual de preparación para el casamiento.

Tradición, que es cumplida en nombre de la religión o de la cultura, pero además de todo, en nombre del exacerbado machismo, que además de sobreponerse a la propia ley, se regenera irremediamente de tiempos a tiempos, en un paradigma de manutención de las asimetrías en función de género, en algunas zonas del mundo.

Datos de la Organización Mundial de Salude, de la UNICEF, y acompañados por la UNFPA, la Mutilación Genital Femenina se encuentra documentada en veinte y ocho países³.

La MGF, consiste en un ritual de iniciación⁴ que es del foro común en algunas zonas del continente Africano⁵, pero

³ La *Organización Mundial de Salud* (OMS) estima que entre 100 millones y 140 millones de mujeres y chicas en todo o mundo fueron sujetas a la MGF, de estas, cerca de 91.5 millones de chicas con edad inferior a 9 años, en África, viven con las consecuencias de la MGF y que, todos los años, 3 millones de chicas están ante la amenaza de ser sujetas a esta práctica. Datos disponibles en www.cig.gov.pt, consultados en octubre de 2015.

⁴ “(...) *La práctica de la circuncisión masculina remonta a los egipcios, árabes (ismaelitas, moabitas e amonitas) y se piensa que a los fenicios. Sirios y Filisteos no la practicaban por lo que, a estés últimos los judíos denominaban, despreciativamente, de incircuncisos. (...) En el Egipto, a través del papiro de Ebers (1500 a.C.), se sabe de la práctica de la circuncisión, que tendría lugar a los 14 años de edad. Era igualmente practicada en chicas, conforme información presente en papiros médicos egipcios anteriores al tiempo de Cristo. (...) Con el advenio del tiempo de Jesús Cristo, la circuncisión fue siendo progresivamente abandonada, prevaleciendo no obstante entre los cristianos de origen judaica. Después de la queda de Jerusalén, la operación fue definitivamente abandonada por los católicos*”. En este sentido, *cf.* MATINGO, Carla, *O corte dos genitais femininos em Portugal, o caso das Meninas Guineenses – Estudo exploratório*, ACIDI: Lisboa, 2009, p. 94. Estés “*Ritos de iniciación en la pubertad*” son prácticas antiquísimas e muchas veces están asociados a un significado sacrificial, traducen la visión de esas comunidades acerca del lugar ocupado por la mujer en la sociedad (transversal a la vida cultural, social, política y religiosa) y acerca de la propia sexualidad y fertilidad femeninas. En este sentido, *cf.* JURISTAS, Grupo de, *Mutilación genital femenina, la cuestión de la tipificación penal*,

también en Asia y Medio Oriente existen relatos de esta práctica. Más recientemente, tienen llegado al conocimiento público, casos aunque muy contados, de la práctica de mutilación genital en grado considerado relevante, en el continente europeo.

Fruto sobre todo del actual mosaico cultural, que deriva de las corrientes migratorias que Europa conoce desde meados del siglo pasado⁶. Técnicamente, la práctica de mutilación genital consiste en la incisión a través de un corte, aunque incompleto, llevado a cabo en los órganos genitales femeninos. Habitualmente, esta práctica es clasificada por la comunidad científica internacional⁷, de entre 4 tipos distintos. En el tipo 1, también denominado por clitoridectomía, corresponde objetivamente a la extirpación de los clítoris o de la piel que lo cubre.

La MGF del tipo 2, viene referida como la amputación que corresponde a la extirpación del clítoris, así como de la totalidad o parte de los pequeños labios vaginales con o sin corte de los grandes labios. Por su turno, la MGF de tipo 3 o infibulación, correspondiente a la extirpación del clítoris igualmente de los pequeños labios y, al corte de los grandes labios y subsecuente saturación, la cual busca, de entre la ritualista inherente, cerrar casi todo el orificio vaginal⁸.

Por último, la MGF de tipo 4, aglutina las restantes prácticas que no conseguimos encuadrar en los tres tipos anteriormente, contemplando aun, todas las demás intervenciones

s.n.: Lisboa, 2008, p.5, disponible en www.amnistia-internacional.pt, consultados en octubre de 2015.

⁵ En este sentido, *cf.* JURISTAS, *Op. Cit.*, p.5 “(...) *Es igualmente importante tener en consideración que además de no se tratar solo de una práctica africana, también no es exclusiva de los musulmanes.*”

⁶ En este sentido, *cf.* JURISTAS, *Op. Cit.* p.5: “(...) *El fenómeno creciente de la migración ha hecho aumentar el número de chicas y mujeres que mismo viviendo fuera de su país de origen, fueron sujetas o están en riesgo de ser sometidas a esa práctica.*”

⁷ Clasificación según la OMS, in “*II Programa de Ação para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina - Relatório Intercalar de Execução 2012 (2013)*”, documento de la responsabilidad de la *Comissão para la Cidadania e Igualdad de Género (CIG)* en el ámbito do “*II Programa de acción para la eliminación de la mutilación genital femenina*”, disponible en www.cig.gov.pt, consultado en octubre de 2015.

⁸ Llega a atingir 10% a 15% de las víctimas e es la forma más grave de MGF.

abusivas, a cerca de los órganos genitales femeninos por razones no médicas⁹.

Ya cuanto a los efectos de la mutilación genital femenina, podemos clasificarlos diversamente, a través de una enumeración, al nivel físico y psicológicos, pero también por referencia a la libertad y autodeterminación sexual. No obstante, los podremos abruptamente connotar por comportamientos nefastos y perversos. Como consecuencia inmediata, enunciamos desde luego el dolor por el que pasan las víctimas de la MGF, las hemorragias decurrentes de las prácticas invasivas y el trauma asociado, bien como las consecuentes dificultades en orinar, las infecciones localizadas decurrentes de lesiones en los tejidos genitales y en algunos casos, infecciones generalizadas, septicemias y la muerte.

Ya a largo plazo, son verificables en estas víctimas, determinadas consecuencias físicas, tales como el dolor crónico, las infecciones pélvicas, así como infecciones crónicas del trato urinario y por consiguiente la incontinencia urinaria, sangramiento intermitente, danos en los riñones, hinchazón y pequeños tumores benignos en el nervio y úlceras genitales. Por otro lado, ya al nivel de la libertad y autodeterminación sexual, son frecuentes los casos de ausencia de placer sexual¹⁰ o dolores durante la penetración.

Existen aún relatos de *stress* pos-traumático¹¹ e infecciones en el trato reproductor por obstrucción del corrimiento menstrual, bien como de infertilidad¹². Por norma, los instrumentos usados

⁹ Adelantamos como ejemplo el punzón, la perforación, la incisión o corte, la escarificación y la cauterización.

¹⁰ Verificamos aun la pérdida o disminución de la sensibilidad sexual de forma permanente y prácticamente irreversible, no obstante, haber ya especialistas ginecológicos que se proponen reconstruir la vulva, restaurando las ligaciones nerviosas y recuperando el tejido remaneciente ante la cicatriz. En este sentido, *Cfr. MATINGO, Op. Cit.* p.99.

¹¹ Algunas de estas mujeres, relatan un trayecto sexual asociado al dolor, y que la menstruación llega a ser tan dolorosa cuanto su experiencia de mutilación.

¹² No caso de la infibulación, pueden aun verificarse complicaciones adicionales, una vez que las relaciones sexuales y el parto solo pueden tener lugar si los tejidos rasgaren o la mujer sean cortados los labios vaginales cerrados, en este sentido *Cfr. OLIVEIRA, Filipa Andreia Vagos, Mutilação Genital Feminina: Cultura ou Crime?* s.n.: 2012, artículo disponible en

en la ritualista¹³ Inherente a la práctica de la MGF, son cuchillos, pedazos de vidrios o láminas, hielo, y mismo pequeños troncos de árbol o espinos. Se depende que esos mismos instrumentos no son esterilizados. Y como si esto ya no fuera suficientemente grave, sirven para varios procedimientos de corte subsecuentes.

Estés comportamientos, llevan, no raras veces, a la propagación de enfermedades sensuales como sean el tétano, la hepatitis B o VIH/SIDA. Es también por eso muy frecuente, que ocurran infecciones, que provoquen danos serios en la salud reproductiva de la mujer, como mejor se refirió anteriormente. Podemos aun destacar algunas complicaciones a nivel psicosocial, provocadas en la dirección de este problema.

Dado que, la MGF es normalmente realizada en chicas no informadas, son muy frecuentemente precedidas de actos de intimidación¹⁴ y de violencia de origen sobre todo parental, pero también oriundas de personas próximas de la familia. Para algunas de estas chicas, la mutilación es una ocasión marcada por el miedo, por la completa sumisión¹⁵ a la jerarquía del patriarcado/matriarcado de la comunidad, bien como, por la inhibición y supresión de especiales sentimientos.

www.psicologia.pt, consultado en octubre de 2015.

¹³Tanto a circuncisão masculina como o corte dos genitais femininos têm, igualmente, subjacentes razões de higiene sendo, quer o homem como a mulher circuncidados, considerados limpos. As diferenças entre as duas práticas advêm, sobretudo, do carácter religioso conferidas a cada uma delas. Enquanto a circuncisão masculina é definida como um preceito religioso, nas mulheres o corte é uma sunna, ou seja, é atribuído à tradição e não tem um carácter obrigatório, apenas recomendável. Este carácter de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade faz com que todos os homens muçulmanos sejam circuncidados, e o mesmo não sucedendo com as mulheres.

¹⁴ En algunos casos, los niños son obligados a asistir a la mutilación genital de otros niños, normalmente de amigos, lo que puede por sí solo, causar problemas psicosociales bastante graves.

¹⁵ “Muitas destas crianças e mulheres expressam sentimentos de humilhação, inibição e medo que acabam por fazer parte das suas vidas. Com outras torna-se difícil ou mesmo impossível falar da sua experiência pessoal mostrando contudo, uma grande ansiedade e um estado de tristeza tão profundo que reflete bem a sua dor emocional.” En este sentido, Cfr. SILVA, Edna estevão da, *Discurso e Representações sobre a prática de Mutilação Genital Feminina na Comunidade Guineense em Portugal*, s.n.: Lisboa, 2012, p. 9. (Traducción libre.)

Esta situación las acompañará durante la vida adulta. Se trata inequívocamente, de un marco en su desenvolvimiento mental y de una memoria que les quedara para siempre¹⁶. Con el crecimiento, estas mujeres desenvuelven sentimientos de baja autoestima, de depresión, de ansiedad crónica, fobias, pánico y desordenes psicóticas. Ciertamente, que muchas sufren una vida entera en silencio.

Por otro lado, las chicas que no fueron en tiempo, sometidas al ritual iniciático de la MGF, llegan a ser socialmente estigmatizadas y por consiguiente, son rechazadas en sus comunidades, que entre otras, las impiden de casar con miembros de la comunidad.

El Fanado como expresión en idioma criollo, se refiere al ato ceremonial que emancipa los chicos y las chicas, pero también mujeres adultas. Entre varios enseñamientos, considerados como esenciales para la vida de los extirpados, en la comunidad local, la religión o etnia a la que pertenezcan como adultos, se encuentra principalmente la circuncisión masculina y la mutilación genital femenina.

Los chicos son mutilados antes de la pubertad, teniendo en su virilidad y garantía de descendencia la principal razón invocada por la tradición, para la realización del acto¹⁷.

Ya las chicas mientras son pequeñas, sobre todo, por cuestiones que se prenden con la preservación de su virginidad. Habitualmente el Fanado es realizado en la Barraca de Fanado, local, donde los extirpados permanecen durante todo el proceso. Esta ceremonia envuelve costos acrecidos a nivel financiero.

¹⁶ “La MGF resulta posteriormente en una crisis de confianza a largo plazo. Para algunos de los niños y mujeres, este tipo de experiencia puede tener implicaciones psicológicas semejantes a una violación. (...) La MGF ha venido a ser asociada a un vasto número de disturbios psicosomáticos (asociados a los hábitos de dormir, comer y a las alteraciones de humor, insomnios, pesadillas, pérdida de apetito, pérdida de peso, gana excesivo de peso, ataques de pánico, dificultad de concentración y aprendizaje y otros síntomas de stress post-traumático).” (Traducción libre) En este sentido Cfr. CRIANÇA, Instituto de Apoio à, *Info Cedi*, “Boletim do Centro de Estudos, Documentação e Informação sobre a Criança”, n° 40, Noviembre y Diciembre de 2013, Instituto de Apoio à Criança: Lisboa, p.5.

¹⁷ En este sentido Cfr. SILVERMAN, Eric K, *Anthropology and Circumcision*, “Annual Review of anthropology”, Vol. XXXIII, s.n.: USA, 2004, p. 419.

Mutilación genital. Una solución ibérica diversa, a un....

Además de tratar de la alimentación de los educandos y de todo el elenco de cuidadores, que se encuentran durante todo el período de duración del ritual asegurando la logística del proceso, son los familiares los responsables por el pago de las actividades festivas, entre otros inherentes al ritual. Ambos los fanados, el femenino y el masculino, son ceremonias colectivas¹⁸, que juntan chicos o chicas de varias etnias y de diferentes grupos religiosos. Normalmente en barracas diferentes, revistiendo igualmente, algunas reglas diferentes según el sexo del extirpado.

El proceso del fanado femenino, es dividido en dos grandes fases. Por un lado el *Fanadusinbu* o *Fanado de Cinimira*, entre nosotros clasificado como el *Fanado Pequeño*, consiste solamente en el corte de los genitales. Es fundamentalmente el acto de llevarse al niño o mujer para una habitación o división de la casa, donde se procede después al ritual del corte. Ya el nombrado *Fanadu Garandi* o *Fanado de Cunumira*, entre nosotros *Fanado Grande*, se trata de una fase primaria al proceso, en el cual las chicas pasan por un proceso de aprendizaje.

Una especie de emancipación de la familia y de la vida mientras ellas son pequeñas. Las chicas, aprenden los trabajos domésticos, aprenden a comportarse como personas maduras, siendo muy frecuentes las humillaciones y agresiones físicas como forma de moldar sus personalidades para la vida adulta.

Cuanto a las matriarcas, a quien es atribuido el poder para realizar el corte de los genitales, son las llamadas de Fanatecas. Estas por norma, son personas con alguna edad que heredan el cuchillo de corte de sus antepasados.

En su comunidad, son personalidades muy respetadas y admiradas, y por eso mismo, son brindadas con regularidad por parte de la población de la comunidad local, dada su posición y muy particularmente, después de una ceremonia del fanado. Aquí llegados, podemos ahora culminar nuestra caracterización, por los criterios atinentes a los factores sociales y demográficos, en razón de la edad, de la educación, de la religión, o de la etnia y de los rituales, que alteran las tajadas

¹⁸ Cuando practicados en las barracas de fanado, no en casa a título individual.

prevalencia de mutilación genital femenina. Esta práctica, incide sobre todo, en el intervalo etario de los 4 y los 14 años de edad.

Por otro lado, la prevalencia de la MGF, es razonablemente mayor entre mujeres con menor nivel educacional en algunos países¹⁹. La MGF es una práctica regular en varias religiones del globo, incluyendo la religión Católica, la musulmana o la Judaica. Aunque, sea identificada una mayor prevalencia de esta práctica en la religión Musulmana.

En nuestro entendimiento, la etnia parece ser la variable más significativa en la práctica de la mutilación genital. La relevancia de los aspectos ceremoniales asociados a la MGF, está aun así disminuyendo en muchas comunidades, no obstante, siguen muy asociados a ceremonias en que son brindados con regalos, dinero y comida.

La gran mayoría de las niñas e de las mujeres vienen a ser sometidas a la MGF, por miembros más viejos de la comunidade siendo como se dice, normalmente mujeres; las Fanatecas. En gran parte de los países donde prevalece la MGF, los profesionales de salud no están envueltos en la práctica de la extirpación. Con la excepción del Egipto, donde en 2000 se estimaba que 61% de los casos fueron realizados por profesionales de salud²⁰ y en centros médicos de la red pública del Estado.

Hablamos de un procedimiento, que normalmente es aplicado sin anestesia. La mujer o el niño son amarrados en posición ginecológica y brutalmente inmovilizada contra su voluntad por otras personas. En algunas ciudades, como es el caso del Cairo, este procedimiento es hecho con anestesia, no obstante, en gran parte de los lugares rurales no está disponible.

Después del procedimiento, muchas de las Fanatecas prescriben un período de reposo a la víctima de la MGF. Otros, sobre todo en los medios más rurales, ligan los tobillos de las víctimas a sus caderas para mejorar el proceso de cicatrización. Se inicia un largo período de luto.

Durante este tiempo, nadie queda autorizado a permanecer cerca de las víctimas extirpadas. En un proceso

¹⁹ Particularmente en algunos países de África central, pero también en el norte Magreb.

²⁰ Datos publicados em CRIANÇA, *Op. Cit.*, p.4.

Mutilación genital. Una solución ibérica diversa, a un....

que se pretende de purificación de los seres humanos, así refinados de todos los males.

Como ya lo dijimos, la MGF, no escasas veces es un prerequisite para el casamiento²¹. Por lo que todas aquellas mujeres que no se conforman con las normas de la sociedad son excluidas de la comunidad y no pueden casar con miembros pertenecientes a esta²².

Pero la motivación para la realización de la MGF es de mucha importancia. Desde luego e a la cabeza, aparecen las razones socioculturales²³ y de integración, pero también e higiene²⁴ y de salud. Por otro lado, encontramos aun algunas justificaciones más espirituales²⁵ o religiosas²⁶, y aun psicosexuales²⁷.

Surge de nuestra exposición, un automatismo empírico de clasificar la práctica de la mutilación genital femenina,

²¹ En ciertos locales, la MGF es mantenida por asegurar la virginidad de la mujer, siendo este un prerequisite para el casamiento en la comunidad.

²² Acreditan que al ser infibulada, asociado al facto de ter el orificio vaginal más apretado, aumenta el placer sexual del hombre, previniendo el divorcio y la infidelidad. Por otro lado, las mujeres que no consiguen tener fijos, al ser sometidas a la MGF, acreditan resolver su problema de infertilidad.

²³ Los motivos socioculturales dependen de algunas comunidades que creen que las chicas, no se harán mujeres maduras y por eso no tendrán el derecho a juntarse a las chicas de su edad, mientras no sean sometidas a la MGF.

²⁴ Las comunidades que realizan MGF, creen que los órganos genitales externos son hechos y puercos y van a crecer si no los cortan. Así, al remover esas estructuras el niño va a mantenerse limpio. Las personas que realizan la mutilación genital creen que ponen al niño guapo.

²⁵ Las comunidades que realizan MGF, creen que los órganos genitales externos son hechos y puercos y van a crecer si no los cortan. Así, al remover esas estructuras el niño va a mantenerse limpio. Las personas que realizan la mutilación genital creen que ponen al niño guapo

²⁶ Pretenden sobretodo mantener la chica espiritualmente limpia. Importa aun referir, que ni la Biblia ni el Corão, suscriben las prácticas de la MGF, no obstante las comunidades que incorporan esta práctica en sus tradiciones y ritualista espiritual, particularmente las musulmanas, creen que hace parte de su religión.

²⁷ Las razones psicosexuales que sustentan la MGF, derivan de la confianza que las chicas que no son extirpadas apuran un deseo sexual incontrolable, y así siendo, tienen una mayor probabilidad de perder la virginidad prematuramente y consecuentemente no se podrán venir a casar dentro de la comunidad a la que pertenecen.

genéricamente como una violación al principio de la dignidad de la persona humana²⁸, de su libertad y por consiguiente una limitación obtusa de su condición humana más dignificante.

Diremos a este respecto, que una vez apartados de la dirección demasiado amplia de la dignidad de la persona humana, observamos la MGF, antes como grave violación del derecho fundamental a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la igualdad entre hombres y mujeres, a la no-discriminación y a la integridad física y mental de la mujer y naturalmente de los niños. En buena verdad, todos éstos, encuentran consagración legal en diversos instrumentos legislativos internacionales. Poseen por eso, un carácter vinculatorio intrínseco en el ámbito del ordenamiento interno del Estado Portugués. Del cual no podemos distanciar, mientras dimensión democrática y de derecho.

Como referimos, existen actualmente diversos instrumentos de carácter internacional que tratan detalladamente la expurgación de los actos de mutilación genital femenina, como una práctica nefasta, que es, a la condición de ser humano y que necesita por eso de ser abolida. Ejemplo paradigmático, de lo que aquí referimos es desde luego la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aunque utilice mucho la matriz Universal, la DUDHC, no se tiene mostrado suficiente

²⁸ La dignidad humana orienta toda la defensa de los Derechos Humanos, por lo que los conceptos fundamentales deben regir la moldura legal internacional, prohibiendo la práctica de conductas abusivas y violadoras de esas prerrogativas básicas tendentes a la realización de la sustentabilidad de la vida humana. En este sentido, *Cfr. JURISTAS, Op. Cit. p. 3: “(...) Largely through the ongoing work of the United Nations, the universality of human rights has been clearly established and recognized in international law. Human rights are emphasized among the purposes of the United Nations as proclaimed in its Charter, which states that human rights are “for all without distinction”. Human rights are the natural-born rights for every human being, universally. They are not privileges. As if to settle the matter once and for all, the Vienna Declaration states in its first paragraph that “the universal nature” of all human rights and fundamental freedoms is “beyond question”. The unquestionable universality of human rights is presented in the context of the reaffirmation of the obligation of States to promote and protect human rights. The legal obligation is reaffirmed for all States to promote “universal respect for, and observance and protection of, all human rights and fundamental freedoms for all”. It is clearly stated that the obligation of States is to promote universal respect for, and observance of, human rights. Not selective, not relative, but universal respect, observance and protection. (...)”*

para orientar el Hombre en la concretización de la ciudadanía plena, y que por eso mismo, ha venido, como que a fragmentarse, en diversos instrumentos normativos de especial y particular sentido normativo.

En el caso de la mutilación genital, asistimos en Estambul, a las puertas de África, a la concretización humanista más reciente de este dominio legislativo. Fruto, sobre todo de la dedicación de la Unión Europea, arraigada en los valores humanistas del viejo continente, pero también en una necesidad emergente y muy evidente de los Estados miembros, en combatir este fenómeno transnacional²⁹.

2. El “*advenimiento de Estambul*”

Más recientemente, en 2013, Portugal ratificó la Convención del Consejo de Europa para la Prevención para el Combate a la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica³⁰.

Así, a la luz de Estambul, Portugal mientras Estado-Miembro, tendrá ahora que adoptar medidas legislativas y otras que se revelen necesarias a asegurar la criminalización de la conducta de quien intencionalmente practica mutilación genital. En abono de la verdad, Portugal muy orgullosamente aprobó el control de este movimiento de ratificación a la Convención de Estambul. Desde luego, quedando así el primer Estado de la Unión Europea a ratificar este instrumento legislativo internacional.

Como explicamos, la veracidad particular de que se reviste cada uno de los tipos de mutilación genital, especialmente la MGF de tipo 1 y 4, no reunía en sí misma, los presupuestos de

²⁹ En este sentido cfr. la Resolución de la Asamblea Parlamentar 1247 del Consejo de Europa acerca de la MGF, de 2001, la Resolución del Parlamento Europeo acerca de la MGF de 20 de Septiembre de 2001, el artículo 2º de la “*Convención acerca de la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres*”, el artículo 2º (a), la “*Declaración para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres*”, el artículo 5º del “*Protocolo Relativo a la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos acerca de los Derechos de la Mujer en África*” (más conocido por “*Protocolo de Maputo*”).

³⁰ Convención de Estambul.

desempeño del tipo legal previsto en el artículo 144º, inciso b) del Código Penal Portugués.

Única norma hasta ese momento, más próxima de la probabilidad cuanto a una veracidad efectivamente típica y autónomamente punible. Naturalmente que sin la certeza jurídica imprescindible a la punición de los hechos, o encuadramiento en la veracidad típica consubstancia en el tipo legal del crimen, del artículo 144º del CP, se reveló no escasas veces muy difícil y, muchas veces, imposible de persecución penal. Si retenemos, que en la gran mayoría de las veces, la resolución criminosa es llevada a efecto, en localizaciones remotas del mundo y los exámenes periciales vienen a ser realizados meses o años más tarde³¹,

³¹ Como en el ejemplo que nos relata, MATINGO, *Op. Cit.* p. 140, al reportarse al caso de las chicas guineesas: “(...) En octubre de 2010, el Tribunal de Familia y Menores del Seixal comunicó al Departamento de Investigación y Acción Penal de Lisboa la sospecha de que Mariam, de siete años, habría sido llevada para la Guiné-Conacri y sometida a la mutilación genital femenina. La Seguridad Social ya acompañaba a la familia, por motivos ajenos a esta cuestión, y el comportamiento del niño despertó sospechas. La comunicación dio origen a una encuesta por sospechas de ofensa a la integridad física grave. Hubo lugar a examen pericial, hecho por el Instituto de Medicina Legal, donde el niño explicó haber sido herida en la vagina, con tijeras, lo que originó dolores y dificultades al orinar. La médica confirmó la ausencia del capuz de los clítoris y de la mitad de los pequeños labios debido a traumatismo corto-contundente, pero consideró que las lesiones no se encuadraban en el artículo 144º del Código Penal. Como no fue herido el clítoris, no habría sido afectada la fruición sexual, ni habría elementos que llevasen a presumir la ocurrencia de peligro para la vida de la menor. En diciembre de 2011, y con base en el resultado del examen, la procuradora archivó la encuesta. Estando en causa, en abstracto, un crimen de ofensa a la integridad física simples, a la ley portuguesa, in casu, por fuerza del principio de la territorialidad, no podría aplicarse al crimen practicado fuera del país.” (Traducción libre) En este caso en concreto, la prueba reunida en sede de encuesta, detalladamente el examen médico-legal realizado por el Instituto de Medicina Legal, excluyó la existencia de afectación grave de la fruición sexual por el hecho de no haber constado escisión total del clítoris, pero apenas del capuz del clítoris. Bueno, si en abstracto hasta si podría considerar estar en causa en el punto d) del mismo artículo, por haber potencialidad de amenaza a la vida de la víctima, esa amenaza tendrá de ser siempre verificada en concreto, o que también se revelará difícil o prácticamente imposible. Si consideramos no se tratar de ofensas a la integridad física grave, podríamos optar, por lo menos en tesis, por la práctica de un crimen de ofensa a la integridad física simples, previsto y punido en los términos del artículo 143º del CP. Aunque, una vez que ni la víctima ni el agresor son ciudadanos nacionales portugueses, y visto que los actos habrán ocurrido fuera del territorio portugués, los mismos solo serían punibles si integrasen el tipo

fácilmente se desmonta una fundamentación inequívoca, para la alteración de este paradigma, enfermo de eminente dignidad penal. En este sentido, y de molde a dar concretización jurídica a la mutilación genital femenina, señalamos desde ya, la necesidad, de los agentes del foro competente, de que tengan un amplio conocimiento de la dinámica fatídica, y desde luego de la tecnicidad del factor cultural, que envuelve y está subyacente a toda la práctica de la resolución criminosa.

El propio hecho de la víctima, que es sujeta a esta práctica, poder por sí solo constituir peligro para su propia vida deberá ser elemento substantivo en la ponderación procesual. Aquí llegados, somos compelidos a observar, ante la protección de la acción conocida de los OPC`s³² y del Ministerio Público, si estés encuentran preparación para partir de estés presupuestos e identificar precozmente los casos de MGF, o si por otro lado, solo se limitan a las conclusiones de los exámenes periciales. Lo que, en nuestra opinión, en ciertos casos podrá significar una menor diligencia, inversa a aquella que sería expectable y en tantas otras situaciones, redundar en absoluciones sin convicción antes con dudas, que el espacio de prueba y de una tipicidad, clara, cierta y previa, a la luz de lo que se entiende ser razonable en uno Estado de Derecho.

Para ya, solo nos detendremos en la duda, dejando mejores consideraciones para sede próxima, en el decurso de la investigación que llevamos a efecto ante esta temática. Aplaudimos, la medida ya aprobada en 2012, consubstanciada en la guía de procedimientos para órganos de policía criminal. Lo que clasificamos inequívocamente, mientras progreso merecedor de destaque³³.

legal previsto en el artículo 144° del CP.

³² Órganos de Policía Criminal.

³³ En este sentido *Cfr.* JUDICIÁRIA, Escola de Polícia, in *Guia de Procedimentos para órgãos de polícia criminal – Mutilação Genital*, PJ: Loures, 2012, p. 7, disponível em www.pj.pt (...) *Al profissional de polícia cabe uma responsabilidade acrescida na prevenção da prática do crime, devendo estar consciente que certas práticas, aparentemente justificadas por a tradição o por outra razão, são proibidas por a lei portuguesa y que deben ser impedidas y condenadas. Se encuentran enraizados en esta práctica estereotipos alicersados en la subordinación de la mujer en el contexto familiar y social, por lo que la MGF constituye una de las formas más graves de violencia y*

Caminando en la aproximación a la realidad Portuguesa, referimos aun los mecanismos alternativos, particularmente los de señalización, que en nuestra opinión, no han sido suficientemente utilizados. Creemos que mecanismos de esta importancia habrían que ser accionados vía de regla, como forma de lograrse la prevención y, una represión, totalmente eficaces.

Por otro lado, señalamos de este modo y con igual agrado, que ya haya sido aprobado y colocado en el terreno en Junio de 2014, el Manual de Procedimientos para las CPCJ's, que dispone de un vasto manantial de orientaciones técnicas³⁴, que podrán servir de apoyo, a los técnicos de las Comisiones de Niños y Jóvenes en Riesgo, previniendo y señalizando los casos de MGF.

Cierto también es, que muchas comunidades inmigrantes, residentes en Portugal, siguen promoviendo una fraude a la ley y a los principios del Estado Portugués, en una tentativa de segregación de los valores sociales y cívicamente aceptables, para

discriminación contra las mujeres. Razones de índole social y cultural y argumentos como intromisión en cuestiones de "cultura", "religión", "familia" y "privado" no pueden justificar la no acción. La Policía es, muchas veces, la primera entidad a tomar conocimiento de ciertos hechos, por ser fácilmente identificable y encontrarse a la disposición de los ciudadanos. La identificación de una víctima o potencial víctima exige de la policía una actuación firme y consecuente, que no depende de la presentación de queja, por ser un crimen público". (Traducción libre). Consultado en octubre de 2015.

³⁴ Neste sentido Cfr. CNPCJ, *Mutilação Genital Feminina – Manual de Procedimentos para comissões de proteção de crianças e jovens*, s.n.:2014, p. 9, disponível em www.cig.gov.pt. “ (...) Dados los interdictos socioculturales y de identidad que rodean las situaciones asociadas a la MGF no será fácil que lleguen señalizaciones de peligro o hasta meras informaciones de situaciones de riesgo de la práctica de la MGF a las Comisiones de Protección. Además, el conocimiento de situaciones de peligro, o de simples riesgo, puede llegar a través de profesionales de los servicios de salud, principalmente de la medicina familiar, de la salud escolar, pediatría, salud materno-infantil, entre otras, o ser detectadas en el jardín-de-infancia/ escuela, en función de charlas de los niños / jóvenes con educadoras/es de infancia/docentes u otros miembros del personal escolar, o a través de contactos con personas de referencia o grupos comunitarios. (...) Por eso la importancia de los miembros de las CPCJ trabajaren en rede con entidades como las unidades de salud, los jardines-de-infancia / escuelas, la policía, las ONG / asociaciones y grupos informales de inmigrantes y proyectos relativos a la MGF implementados en el terreno, para partilla de informaciones de forma sistemática, planearon acciones de prevención, bien como la intervención en situaciones de peligro. (...)” (Traducción libre). consultados en octubre de 2015.

la convivencia cultural, en razón de sus raíces. Aunque, según datos más recientes publicados por el EIGE, son los miembros de la segunda y tercera temporada, los más preocupados con esta materia³⁵, y que más tienen trabajado en la sensibilización y aproximación de sus realidades culturales, a los valores de los derechos humanos. Aun así, datos de 2015 de este Instituto Europeo, apuntan que en el caso portugués, a corto plazo existen cerca de 1300 niñas en riesgo de mutilación genital. Ya en largo plazo, estas cifras conocen una disminución para unos dramáticos 267 hipotéticos nuevos casos de mutilación genital femenina³⁶.

Las alteraciones legislativas introducidas en 2007, y salvo mejor opinión, no tienen solo por sí probado ser eficaces. La modificación en el panorama jurídico- penal portugués, incito al tipo criminal en análisis, principalmente de la referencia hecha a la afectación grave de la fruición sexual para haber ofensas a la integridad física grave, no nos parece poder evitar que los actos de

³⁵ Neste sentido, Cfr. EIGE, in *Estimation of girls at risk of female genital mutilation in the European Union – Report Gedimino*, ONU: Vilnius 2015, p. 64: “(...) In general, participants from both generations seem to be aware of the Portuguese legal framework prohibiting female genital mutilation. The existence of a law was considered to be positive (both in Portugal and in Guinea-Bissau) in terms of reducing the practice. As pointed out in the focus groups, the abandonment of the practice might be influenced by the existence of a legal framework, by awareness-raising initiatives, and by the effect of living in a country where female genital mutilation is not a cultural tradition. In general, participants believe that the law diminishes the practice. Nonetheless, reporting family members to authorities poses a moral problem to the male group as they do not feel comfortable with denouncing their own wives, mothers, sisters or grandmothers. One participant confronted the group saying that an example must be set in order to change the practice and the mentalities. Participants in all groups mentioned that awareness-raising initiatives were taking place via the radio, in schools, and in the national parliament in Guinea-Bissau, particularly in the capital.”

³⁶ Dados recolhidos no Relatório do EIGE, *Op. Cit.* p. 65. “(...) High Scenario: In 2011, a total number of 5 835 girls aged 0-18 originating from FGM risk countries (born in the country of origin or in Portugal) were residing in Portugal, of which 1 365 girls were likely to be at risk of female genital mutilation. Proportionally, 23 % of girls aged 0-18 originating from FGM risk countries (born in the country of origin or in Portugal) were at risk of female genital mutilation. Low scenario: In 2011, a total number of 5 835 girls aged 0-18 originating from FGM risk countries (born in the country of origin or in Portugal) were residing in Portugal, of which 269 girls were likely to be at risk of female genital mutilation. Proportionally, 5 % of girls aged 0-18 originating from FGM risk countries (born in the country of origin or in Portugal) were at risk of female genital mutilation.”

la MGF de tipo 1 o tipo 4, puedan ser practicados impunemente, desde que tengan lugar fuera del territorio nacional.

De este modo, somos compelidos a referir que esta alteración que fue pensada para reforzar la punición de la mutilación genital, sin que el legislador tenga optado por crear un tipo legal específico, acabó por no conseguir la elasticidad necesaria a relacionar todas las formas conocidas de estas prácticas, cuando la veracidad típica ocurre fuera de puertas del territorio nacional.

Por otro lado, y en el plano de la garantía y seguridad jurídico-penal, nos parece que la falta de previsión penal específica, relativa a la MGF podrá funcionar contra el principio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Pero, teniendo en cuenta todo el encuadramiento del problema sub iudice, y habiendo ya resonancia de la experiencia en tribunales extranjeros, de casos en que los padres ignoraban por completo el carácter prohibitivo de la mutilación genital y desde luego el sentido de esa prohibición, desde temprano nos profirió la adecuada inclusión en el código penal portugués, un tipo objetivo específico, que prohíba esta veracidad con las especificidades y seguridad, que ella se reviste. Por otro lado, los problemas que se nos presentan, dicen respecto sobre todo, a la punibilidad de algunos casos concretos del acuerdo con el principio de la territorialidad.

De acuerdo con este principio, tal significa que la conducta tipificada prevista en el normativo legal, solo será punible, si, y en la medida en que venga a tener concretización en territorio nacional. Existen aun así casos, en que podemos movilizar otros principios o criterios subsidiarios, que concurren con aquel principio, haciendo la conducta punible en el ámbito del competente proceso judicial, en los tribunales portugueses, mismo cuando practicada fuera de fronteras.

La aplicación de estos criterios de extraterritorialidad a la MG ha sido ampliamente defendida, como forma de dar mayor eficacia a la protección penal. En el ordenamiento jurídico portugués, el criterio de extraterritorialidad, para que la conducta sea punible solo opera en el ámbito del artículo 144º, e ya no en la dirección del artículo 143º.

El Parlamento Europeo, en su Resolución 2001/2035 (INI) de 2001 acerca de la mutilación genital, vino especificar que los Estados-Miembros de la Unión Europea, deben en el contexto de las medidas que adopten en el combate a la práctica de la MGF, tener en cuenta los actos que son cometidos fuera de sus fronteras, para que de este modo, puedan punir el surgir del turismo para la mutilación genital femenina, en los mismísimos términos en que lo harían, cuando esta práctica ocurre “entre puertas”.

Los Pueblos que migran para un plano cultural diferente, son generalmente confrontados con un sistema de normas, también ellas diferentes de las vigentes en sus ordenamientos jurídicos de origen. Las tentativas de plena integración de estos seres humanos en las sociedades de acogimiento, podrán colocarlas igualmente en una situación de gran vulnerabilidad.

Esta vulnerabilidad, a que nos referimos, es elevada por prevalencia de mujeres y niños, desde luego por la situación de especial dependencia y fragilidad socioeconómica. Si nos fijamos en la MGF como una práctica marcadamente cultural, esto implica que su prevalencia en las comunidades expatriadas tenga por tendencia no disminuir, en relación a sus países de origen³⁷.

Esta especial vulnerabilidad de algunos miembros, en nuestro entender, particularmente entre mujeres y niños, les retira vía de regla, la capacidad de decidir libremente a cerca de este tipo de prácticas culturales. Por tratarse de niños, la situación es especialmente más grave en la medida en quien está siempre y, necesariamente apartada, la autonomía decisoria o el hipotético consentimiento para la lesión³⁸. Sabemos que la tentativa de resolver penalmente un problema de contornos marcadamente culturales, como es el caso de la mutilación genital, no se nos figura lineal.

³⁷ En este sentido vide MIGRACIONES, Organización Internacional para las, s.n.: USA, 2015, disponible en www.iom.int “(...) *la difícil integración de las comunidades migrantes resulta frecuentemente “in a (...) mark a distinction from the host society” (...)*”. Consultado en octubre de 2015.

³⁸ Que no tendría cualquier validez jurídica, como nos enseña el Señor Profesor Manuel da Costa Andrade, por falta de un requisito de validez y seguridad del consentimiento prestado, principalmente cuanto a la irreversibilidad del daño provocado.

Cierto, es que el derecho penal deberá intervenir también en esta esfera, asegurando los presupuestos imprescindibles de la existencia comunitaria de todos los ciudadanos, tratando de punir conductas que afecten los bienes jurídicos indispensables a esta coexistencia entre los Hombres. Aun aquí, el derecho a la identidad cultural, condición de una lectura *strico sensu* del multiculturalismo, no se nos figura comprometida.

Desde luego, porque también en los países de origen a la que corresponden las mayores comunidades residentes en Portugal, que sabemos practicantes de la MGF, esta práctica es también crimen³⁹, lo que retira el carácter discriminatorio en cierta medida, en los países de acogimiento. Aunque aquí, mejores y más amplios considerándolos se nos hacen necesarios. Los cuales remetemos para sede posterior. Después, porque la cultura, salvo mejor entendimiento, no deberá ser observada de un modo binario. O porque, se está dentro, o en otros momentos se está fuera. Los individuos tienen que poder hacer ese camino libremente, observados que estén, los presupuestos axiológicos de su conducta, pero sobre todo teniendo en cuenta la normatividad de la orden jurídica y la valoración social de lo que debe o no ser acepte por la comunidad.

Lo que puede también significar, que los miembros más vulnerables del núcleo cultural, tienen de poder encontrar protección en el Estado, en relación a prácticas que atenten contra su inminente dignidad, libertad y autonomía. Y que desde luego, que se existan tipificadas en la orden jurídica del Estado. A este propósito, existió puntos que nos merecieron reservas, en lo que se refiere a las iniciativas legislativas, que se discutirán en los preparos de la Ley nº 83/2015, de 05 de agosto y, que se concretizaran en la 38ª alteración al CP. Todas las propuestas, se afataran de forma intencional de la tipificación o inclusión del crimen de mutilación genital femenina en el ámbito del actual artículo 146º, porque hacen el entendimiento, y a nuestro ver bien, que este crimen, no debe beneficiar de las circunstancias

³⁹ Nos Referimos principalmente a países como Guiné- Bissau, Guinea-Conakri, Egipto, y muy recientemente el caso de Nigeria y de Gana.

atenuantes allí previstas, en virtud de constituir una violación hedionda a los derechos humanos.

Así, tratándose de una práctica cultural enraizada en los países de origen de los agentes y víctimas, estamos muchas veces, delante de una efectiva disminución de la culpa del agente que comete el crimen, especialmente cuando este agente se trata de un miembro de la familia de la víctima. En la realidad, culturalmente la mutilación genital es entendida como una forma de hacer el mejor por la hijas, por las nietas o por las sobrinas. Es la forma, que ciertas comunidades encuentran, para dar razón a la salud materna de la mujer extirpada.

Del ejercicio del culto o de celebración comunitaria. Igualmente en un abordaje cultural, sabemos que el margen de decisión de algunos miembros de la familia en relación a sus niños es mínima o casi nula, en fase de presión ejercida por la comunidad local.

Ignorar este paradigma cultural, es ignorar por completo todo el encuadramiento real de los casos de mutilación genital femenina. Lo que por sí solo, puede significar llegar a soluciones inicuas y culturalmente miopes. Así, entendemos que esta práctica cultural, no debe ser normalizada en la dirección del relativismo cultural que le es intrínseco. Sabiendo nosotros, conocedores en gran medida del sufrimiento y constante peligro para la vida humana que de ella advén. Razón por la cual, y con todo el debido respeto por la diversidad cultural en análisis, entendemos que la mutilación genital, infringe gravemente la dignidad de la persona humana, violando groseramente todos los padrones, aceptes universalmente como preventivos de los derechos humanos. Remontando al camino, secular⁴⁰, en pro de los derechos de las

⁴⁰ La primera referencia que encontramos, es la tentativa de Marie de Gouges 1748-1793, na prepositura a la Asamblea Nacional Francesa, salida de la revolución de 1789 a 1799, de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, 1791. La autora, era hija de unos mercadores del Sul de Francia, adopto el nombre de Olympe de Gouges para firmar sus panfletos y peticiones en una grande variedad de frentes de lucha, que incluyó la esclavitud. Batalladora, en 1791 propuso la “*Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*” para que fuese posible igualarse a otra declaración, que visaba solo el hombre individualmente considerado, aprobada por la Asamblea Nacional. Girondina convicta, acabo por se oponer abiertamente a

mujeres, no podemos por eso ignorar la existencia de la MGF, justificándola por el consentimiento de alguien que es socialmente presionada a una práctica con contornos tan horribles y dolorosos. O sea, cuya opción no es libre ni auto determinada.

Estés rituales desobedecen a la consideración de la inviolable concepción de la mujer como ser humano, llevando a la objetivación de la mujer y de su cuerpo, por ser considerada una práctica en pro de la higiene, o por la persecución de la idea, de la mujer como un medio, que tiene por fin a su disponibilidad forzada a dar placer sexual a un hombre. Una visión de patriarcado inconcebible a la luz, de lo que sabemos constituir el núcleo inviolable y cimentar de los derechos humanos.

La comprensión de este derecho cultural, deberá ser siempre inmediato para responder a intuitos preventivos, pero también lo es, en la conformación de las disposiciones legales que vengán a ser aprobadas. Por sí solo, una iniciativa legislativa que tenga en vista la creación autónoma del crimen de mutilación genital femenina, no puede ser vista como una amenaza a la identidad cultural de las comunidades en que la práctica tiene lugar.

Felicitemos por todo esto, la creación del artículo 144^o-A, de acuerdo con el epígrafe Mutilación Genital Femenina. Hoy, es posible condenar con entera certeza jurídica, un agente mutilador, en los términos de nuevo incluso del código penal portugués. El reciente tipo legal⁴¹, es verdaderamente innovador y, comprende una tipicidad abundante y descriptiva, que no deja lugar a reservas o dudas, de conducta o de tipicidad de tipo objetivo.

Cuanto a la moldura de la pena, diremos que, tratándose de un tipo ilícito, cuya veracidad típica es exclusiva, pero de

Robespierre e por eso acabo por ser guillotinado en 1793, condenada por crimen de contra revolución.

⁴¹ *Artículo 144.º - La Mutilación genital femenina 1 - Quien mutilar genitalmente, total o parcialmente, persona del sexo femenino a través de clitoridectomía, de infibulación, de escisión o de cualquier otra práctica lesiva del espacio genital femenino por razones no médicas es punido con pena de prisión de 2 a 10 años. 2 - Los actos preparatorios del crimen previsto en el número anterior son punidos con pena de prisión hasta 3 años.* (Traducción libre)

carácter muy próximo de la materialidad de la conducta a que se refiere el artículo 144° del CP⁴².

Por esta razón y, sin mayores retrasos, que guardaremos para una explanación más exhaustiva en sede posterior, al mismo tiempo de la concretización de los datos que ahora se compilan, nos parece adecuada la moldura de 2 a 10 años.

CONCLUSIONES

Caminando ya para las palabras finales de nuestra exposición, muy sintética, en lo que se refiere al problema de derechos humanos en análisis y, que ahora empezamos a analizar, somos compelidos a formular algunas conclusiones, decurrentes del análisis panorámico, que nos fue posible conducir para el presente ejercicio de caracterización de la mutilación genital femenina como problema de derechos humanos. Desde luego clasificamos al lector de esta exposición, a la MGF como un problema que ultrapasa las fronteras del Estado Portugués, haciéndose en un problema de tránsito global.

Cuanto a su reciente encuadramiento jurídico-penal, criticamos a su primitiva tentativa de inclusión a la luz de la veracidad típica positivada en el artículo 144° inciso b) del CP, desde luego por no mostrarse bastante, para dar respuesta a todas las potenciales situaciones de mutilación genital femenina, con la certeza jurídica, intrínseca a cualquier ordenamiento jurídico de derecho.

En realidad, por aplicación del artículo 143° del mismo diploma, en lo que las agresiones simples se conciernen, no sería posible incluir todas las situaciones, no cubiertas por la letra del artículo 144°. También por la imposibilidad de encuadrar la veracidad, cuando se trate de actos practicados fuera del territorio nacional, en la medida en que no se encuentra contemplado en la

⁴² *Artículo 144.º - Ofensa a la integridad física grave Quien ofender el cuerpo o la salud de otra persona de forma a: a) Privarlo de importante órgano o miembro, o a desfigúralo grave y permanentemente; b) Tírarle o afectarle, de manera grave, la capacidad de trabajo, las capacidades intelectuales, de procreación o de fruición sexual, o la posibilidad de utilizar el cuerpo, los sentidos o el lenguaje; c) Provocarle enfermedad particularmente dolorosa o permanente, o anomalía psíquica grave o incurable; o d) Provocarle peligro para la vida; es punido con pena de prisión de dos a diez años.*

inciso d) del número 1 del artículo 5º, del mismo diploma, principalmente cuanto al criterio de territorialidad y competencia. En esta medida, incumbe al Estado Portugués, legislar en la medida de sus obligaciones internacionales, a la luz de la Convención de Estambul y a par de sus pares europeos, para que se complete el espacio jurídico-criminal que aquí ya describimos y, ante la cual tejemos consideraciones en momento anterior. En esta sede, el incluso artículo 144º-A del código penal, vino dar propósito al título de nuestro escrito, como que en modo de advenio en la vigencia de la Convención de Estambul.

El papel positivo y pertinente, de este confuso de normas de derechos humanos, a la luz de Estambul, encuentra ahora verdadero apogeo normativo, en diversos estadios nacionales, de entre los Estados miembros de la Unión Europea. En nuestro entender, permanece un vacío y algún desconocimiento generalizado, de entre los profesionales del foro jurídico a propósito de las conductas que tuvieron por base la alteración del artículo 144º en 2007, y que se reconducen a no más que solo, uno de los tipos de mutilación genital femenina. Lo que en nuestro entender, se hace manifiestamente insolvente como fin de la norma, si nos fijamos en el espíritu del legislador de 2007.

El Estado Portugués, ya en la vestimenta de juzgador, no parece tener fallado en su actuación, una vez que el aplicador del Derecho tiene de encontrar apoyo primordialmente en la letra de la ley, revelo los criterios interpretativos en un carácter meramente subsidiario. Desde luego, como forma de garantía de la constitucionalidad de las decisiones, en la concretización de las premisas referentes a un Estado de Derecho Democrático.

Ya en la cualidad de legislador, el Estado Portugués, detuvo un carácter urgente de su vinculación inmediata a las normas de Estambul, confiriendo primitivamente, fase a otros Estados, un carácter penal a la mutilación genital femenina, en todas sus formas, variantes y tipos conocidos. Otorgando simultáneamente, mayores garantías a los agentes, principalmente cuanto a la certeza jurídica de las nuevas condenaciones, lo que por sí solo deberá ser entendido como un significativo progreso de criminalización y simultáneamente de defensa de la matriz humanista, que aquí nos ocupa.

La presente alteración legislativa, de entronización de un tipo autónomo de mutilación genital femenina, debe por eso ser recibida con aplauso, sobre todo porque parece ir en el sentido de colmar las faltas de tipicidad, diagnosticadas en sede procesual anterior y, donde hoy encuentran ayuda legal, conferido mayor garantía y protección a las víctimas de mutilación genital, a la luz del Adviento de Estambul.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional. Grupo de Juristas - *Mutilação genital feminina, a questão da tipificação penal*, Lisboa:AI, 2008.
- BRITO, Wladimir, *Direito Internacional Público*, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- CUNHA, Manuela Ivone, Género, *Cultura e justiça: a propósito dos cortes genitais femininos*, “Revista Análise Social”, nº 209, 4ª Edição, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa: Lisboa, 2013.
- DUMBIÁ, Alade Mamdu, *O holocausto silencioso das mulheres a quem continuam a extrair o clítoris*, de Sofia Branco, in *Jornal “OPúblico”* de 4 de agosto de 2002, s.n.: Porto, 2002.
- EIGE, *Estimation of girls at risk of female genital mutilation in the European Union – “Report, Gedimino”*, ONU: Vilnius, 2015.
- _____ *Female genital mutilation in the European Union and Croatia*, ONU: Bélica, 2013.
- _____ *Good practices in combating female genital mutilation*, ONU: Luxemburgo, 2013.
- FRADE, Alice, *Por nascer Mulher- Um outro lado dos direito humanos*, APF: Lisboa, 2007.
- GASCÓN, Susana Ruiz, *El abordaje social y político de la mutilación genital femenina*, “Revista Portularia”, Vol. Xiii, Nº 1, p. 11-18, s.n.: Espanha, 2012.
- LIRA, Luzia Andressa Feliciano de, e Outros, *Mutilação Feminina e Direitos Humanos: Há Compatibilidade?*, s.n.: Brasília, 2011.
- LÓPEZ, MI, et al., *Mutilación genital femenina. Revisión y aspectos de interés médico legal*, “Revista Med Forense”, s.n.: Cataluna, 2010.

- MATINGO, Carla, *O corte dos genitais femininos em Portugal, o caso das Guineenses – Estudo Exploratório*, ACIDI: Lisboa, 2009.
- OLIVEIRA, Filipa Andreia Vagos, *Mutilação Genital Feminina: Cultura ou Crime?*, s.n.:Lisboa, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho, *Responsabilidade Internacional por Violação dos Direitos Humanos*, “Revista CEJ”, nº 29, p. 53-63, CEJ: Brasília, 2005.
- PORTUGAL. Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco - *Mutilação Genital Feminina – Manual de Procedimentos para comissões de proteção de crianças e jovens*, Lisboa: CNPCJR, 2014.
- PORTUGAL. Comissão para a Igualdade de Género - *II Programa de Ação para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina - Relatório Intercalar de Execução 2012*, Lisboa: CIG, 2013.
- PORTUGAL. Associação Portuguesa de Planeamento Familiar - *I e II Mutilação Genital Feminina – Integração da Prevenção e do Tratamento nos Currícula de Profissionais de saúde*, Lisboa: APF, 2001.
- PORTUGAL. Instituto de Apoio à Criança - *Info Cedi – “Boletim do Centro de Estudos, Documentação e Informação sobre a Criança do Instituto de Apoio à Criança”, nº 40, Novembro e Dezembro, Lisboa: s.n., 2013.*
- PORTUGAL. Escola de Polícia Judiciária - *Guia de Procedimentos para órgãos de polícia criminal – Mutilação Genital*, Loures:PJ, 2012.
- SILVA, Edna Estevão da, *Discurso e Representações sobre a prática de Mutilação Genital Feminina na Comunidade Guineense em Portugal*, s.n.: Lisboa, 2012.
- SILVERMAN, Eric K, *Anthopology and Circumcision*, “Annual Review of anthropology”, Vol. XXXIII, s.n.: USA, 2004.

WEB

www.cig.gov.pt

www.amnistia-internacional.pt

www.psicologia.pt

www.eige.europa.eu

www.pj.pt

www.iom.int

Os contratos eletrónicos e os novos formatos de negócios no quadro europeu

FERNANDA RABELO¹

Universidade Portucalense (Portugal)

1. Introdução

O impacto dos contratos electrónicos na *praxis* empresarial e os seus reflexos na criação e desenvolvimento de novos formatos de negócios têm um efeito à escala global que se faz sentir de modo especial na circulação de serviços na sociedade da informação. A conexão com mais do que um ordenamento jurídico coloca problemas de determinação da lei aplicável e de jurisdição competente, bem como questões sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços da sociedade da informação e o regime aplicável. Por fim, acrescem os problemas respeitantes aos entraves legais e operacionais à contratação electrónica. O estudo que levámos a cabo e os dados obtidos permitem-nos concluir que os contratos eletrónicos poderão constituir um importante veículo para a instauração de modelos de negócios mais audaciosos e promissores à escala planetária, contribuindo assim para a evolução e modernidade do direito mercantil.

2. Os contratos eletrónicos e a prestação de serviços no quadro europeu e no plano nacional

Do regime jurídico do comércio eletrónico contido na Diretiva 2000/31/CE² e no DL 7/2004, de 7 de janeiro³, que a

¹ Doutora em Direito Privado pela Universidade Portucalense e Professora no Departamento de Direito da Universidade Portucalense, Investigadora e Coordenadora-Adjunta do Grupo de Trabalho “Capital, Labour, Tax and Trade” do Centro de Investigação IJP - Instituto Jurídico Portucalense

² Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Diretiva sobre o comércio electrónico»). São utilizadas as seguintes

transpôs para o direito nacional, podemos extrair alguns princípios gerais fundamentais que dividimos em dois conjuntos: um conjunto de princípios destina-se essencialmente a regular o funcionamento dos “serviços da sociedade da informação”; e o segundo conjunto rege a celebração de contratos por via eletrónica.

A Diretiva 2000/31/CE teve como objetivo principal contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros⁴. Para atingir este objetivo foi necessário promover o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação e incrementar a segurança jurídica e a confiança do consumidor⁵, alcançando assim um ambiente favorável ao crescimento do comércio eletrónico no seio das empresas⁶.

Nesta conformidade, foram adotadas como *políticas comunitárias* o desenvolvimento pleno das *liberdades de estabelecimento* e de *prestação de serviços* e o *princípio do controlo do país de origem*⁷. Um dos pilares em que assentou a Diretiva foi justamente o princípio da equiparação ao comércio real daquilo que passou a chamar-se o “virtual”: desde a “loja” ou empresa virtual até aos

abreviaturas e siglas: art. – artigo; cit. – citada; Cfr. – Confrontar; DL – Decreto-Lei; n.º – número; n.-nota de rodapé; p./pp – página/páginas;

³Alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março, e pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto – *Comércio electrónico*.

⁴ Cfr. o Considerando 3) e o artigo 1.º, n.º1, da Diretiva 2000/31/CE.

⁵ Pretende-se combater a situação de inferioridade em que se encontra o consumidor, nomeadamente, através do aprofundamento dos deveres de informação que recaem especificamente sobre os prestadores de serviços da sociedade da informação.

⁶ Cfr. o Considerando 7).

⁷ Cfr. a Comunicação *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico* cit; Considerando 3) *in fine*: «estabelecer um real espaço sem fronteiras internas para os serviços da sociedade da informação»; o Considerando 8): «criar um enquadramento legal destinado a assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre os Estados-Membros»; e o art. 1.º, n.º 3, da Diretiva.

contratos por via eletrónica, que são equiparados aos contratos celebrados por meios comuns⁸. A Diretiva traçou um quadro geral, abarcando alguns aspetos legais do comércio eletrónico no mercado interno, ainda que sem grande homogeneidade nas matérias abordadas, como salienta José de Oliveira Ascensão⁹.

A impossibilidade da solução da harmonização total para atingir os objetivos da Diretiva levou o legislador comunitário a combinar a solução da harmonização parcial com um mecanismo determinante da competência para controlar a prestação de serviços da sociedade da informação¹⁰, mecanismo que ficou designado na Diretiva como “a cláusula do mercado interno”¹¹. O resultado desta combinação, justamente, reflete a estrutura da Diretiva que é composta por dois elementos essenciais: a *cláusula do mercado interno* e a *harmonização de certas matérias*.

As disposições da Diretiva dividem-se por duas áreas principais: uma delas, dando cumprimento à “cláusula do mercado interno”, veio estabelecer um *domínio coordenado*, que abrange as normas respeitantes ao acesso e desenvolvimento de atividades em linha pelos prestadores de serviços, fixando-se o *princípio do país de origem* (lugar do estabelecimento) quanto ao controlo do cumprimento dessas regras. Pela outra área de intervenção, a Diretiva *harmonizou certas questões específicas* que levantam problemas à livre circulação de serviços na sociedade da informação¹²,

⁸ "Prefácio". In ANACOM- *O Comércio Eletrónico em Portugal - Quadro Legal e o Negócio*. 2004, p. 7.

⁹ ANACOM- *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*. 2004, p. 124.

¹⁰ Alexandre CRUQUENAIRE- "Transposition of the E-Commerce Directive: Some Critical Comments". In APDI - *DSI*. 2004. Vol. V, pp.100-101.

¹¹ A fim de garantir a eficácia da livre circulação de serviços e a segurança jurídica para os prestadores e os destinatários, esses serviços devem estar sujeitos, em princípio, à legislação do Estado-Membro em que o prestador estiver estabelecido. Cfr. o Considerando 22) e o art. 3.º da Diretiva 2000/31/CE.

¹² Nos termos do Considerando 6), os obstáculos ao bom funcionamento do mercado interno devem ser abolidos, através da coordenação de determinadas legislações nacionais e da clarificação, a nível comunitário, de certos conceitos legais, na medida do necessário para atingir os referidos objetivos. Ao tratar apenas de certas questões específicas que levantam problemas ao mercado

cobrando embora as etapas essenciais da “cadeia económica”, desde as matérias relativas ao estabelecimento dos prestadores de serviços, aos deveres de informação e responsabilidade dos prestadores intermediários dos serviços, até aos problemas relacionados com autorregulação e a resolução extrajudicial e judicial de conflitos, passando pelas comunicações comerciais e pela contratação por meios eletrónicos.

Quanto à determinação da lei aplicável aos serviços da sociedade da informação, devemos entender que um serviço prestado através da Internet oriundo de um “prestador de serviços” estabelecido num determinado Estado-Membro pode ser dirigido a qualquer pessoa que se encontre em qualquer outro Estado. Este facto resultante da natureza extraterritorial da Internet veio colocar o problema da determinação da lei aplicável aos serviços da sociedade da informação.

Duas teorias antagónicas procuram dar resposta a este problema¹³. Uma teoria assenta no *princípio do controlo no destino*. Segundo este princípio a prestação de um serviço da sociedade da informação fica submetida à legislação do Estado onde se encontra o destinatário desse serviço, independentemente de qual tenha sido o local de origem. Esta teoria apresenta duas vantagens significativas. A primeira é o reforço do nível de proteção do consumidor destinatário do serviço prestado em linha, dado que assim este beneficia das mesmas garantias que tem em face da prestação de quaisquer outros serviços no seu país através dos outros meios de comunicação. A segunda vantagem da aplicação deste princípio é a de evitar que os prestadores de serviços da sociedade da informação escolham para se estabelecerem os

interno, a Diretiva está a ser coerente com a necessidade de respeitar o princípio da subsidiariedade, enunciado no art. 5.º do TUE. Cfr. os Considerandos 6) e 10) e o art. 1.º, ns.º 1 e 2, da Diretiva. Sobre este aspeto, v. com desenvolvimento, Gema Alejandra BOTANA GARCÍA- "Noción de Comercio Electrónico". In Badenas Carpio- *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. 2001, pp. 35 ss. Quanto ao âmbito de aplicação da Diretiva, v. Miguel Ángel MORENO NAVARRETE- *Contratos electrónicos* 1999, pp. 14 ss.

¹³ Anxo TATO PLAZA- "Aspetos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet". In José Antonio Gómez Segade (Dir)- *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, pp. 196 ss.

ordenamentos jurídicos que ofereçam menor proteção ao consumidor¹⁴.

Em contrapartida, a aplicação desta teoria representa um tão grande obstáculo ao desenvolvimento do comércio eletrônico nas transações transfronteiriças que levou a que fosse afastada. Efetivamente, os prestadores que pretendessem utilizar a Internet para desenvolverem a sua atividade económica encontrariam tantas legislações aplicáveis quantos os países onde potencialmente essa atividade seria recebida. Como é sabido, os regimes jurídicos diferem bastante entre si, o que na prática conduziria à impossibilidade com algum grau de segurança quanto à sua licitude da utilização deste meio de comunicação¹⁵.

A segunda teoria aplica o *princípio do controlo do país de origem*. Este princípio determina que deve ser aplicável aos serviços da sociedade da informação a legislação do país onde têm origem. Como é óbvio, esta teoria é altamente favorável aos prestadores que desenvolvem a sua atividade para além da fronteira dos seus países, conferindo-lhes a segurança jurídica de conhecerem com precisão o regime jurídico que lhes será aplicável; mas, no reverso da medalha, vem diminuir consideravelmente o nível de proteção dos destinatários dos serviços, em especial os consumidores¹⁶.

Sobre este problema, Anxo Tato Plaza defende que a consequência da aplicação da teoria pode ser minorada com a colaboração do próprio consumidor. Os modelos de comportamento do consumidor e a sua mentalidade perante a Internet têm de mudar radicalmente. É necessário que o consumidor adote uma atitude de maior responsabilidade e diligência, seja sensato, atento e informado perante os novos desafios do mercado global da Internet. A grande transformação

¹⁴ Este fenómeno é frequentemente referido de "*forum shopping*", i. e., a escolha da lei mais vantajosa pela parte mais forte na relação contratual.

¹⁵ Para serem lícitas, as atividades económicas desenvolvidas na Internet teriam como é evidente de respeitar toda e qualquer legislação dos países de destino.

¹⁶ Sobre o princípio do país de origem e os seus efeitos na redução dos padrões normativos de proteção dos consumidores praticados nos Estados-Membros, v. Alexandre Dias PEREIRA- "A Proteção do Consumidor no Quadro da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico". In *EDC*, n.º 2. 2000, pp. 82 ss.

provocada pela Internet é também a mudança radical nos hábitos de vida dos cidadãos. Os consumidores devem aprender a discriminar a informação de merecer a sua confiança e que devem desprezar, sem prejuízo é evidente do controlo das autoridades públicas que deve sempre ser exercido sobre os conteúdos inseridos na rede¹⁷.

Como se percebe facilmente, foi a segunda teoria a adotada pela Diretiva 2000/31/CE. A Diretiva pretendeu criar um enquadramento legal que assegurasse a *livre circulação de serviços*, mediante a eliminação do que considerava serem os obstáculos legais decorrentes, quer das divergências legislativas nacionais relativamente a determinados serviços quer da insegurança jurídica em resultado da extensão do controlo que cada Estado-Membro poderia exercer sobre serviços provenientes de outro Estado-Membro¹⁸.

O legislador comunitário entendeu que a harmonização das legislações nacionais e, bem assim, o nível de proteção dos consumidores deveriam ceder, ou serem secundados, perante a aplicação em primeira linha do *princípio da livre circulação de serviços*¹⁹.

No que concerne à *cláusula do mercado interno*, para atingir o objetivo primordial de garantir aos prestadores de serviços a *liberdade de prestação de serviços* num *ambiente jurídico seguro*, a Diretiva estabelece no seu art. 3.º a chamada “cláusula do mercado interno”. O preceito encontra-se dividido em três partes: os princípios (ns. 1 e 2), as derrogações gerais (n.º 3) e as derrogações especiais (ns. 4 a 6).

¹⁷ Anxo TATO PLAZA - "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet", cit., p. 198., considera que, para reforçar a sua segurança, é recomendável que os consumidores estejam particularmente atentos a certos sinais indiciadores dos níveis de segurança do *site* visitado, tais como: o país de origem da informação, a presença de selos de segurança, a adesão a Códigos de Conduta, entre outros.

¹⁸ Cfr. o Considerando 5).

¹⁹ Neste sentido, Adelaide Menezes LEITÃO - "Comércio Electrónico e Direito do Consumo". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. 2012., p. 32, salienta que «em rigor, a Diretiva insere-se no quadro do Direito do mercado interno, sendo a sua trave-mestra a liberdade de circulação de serviços da sociedade da informação».

Esta cláusula torna-se efetiva através da consagração do *princípio do país de origem* (n.º 1) e do *princípio do reconhecimento mútuo* (n.º 2). A “cláusula do mercado interno” é um elemento verdadeiramente estruturante do regime jurídico do comércio electrónico, tendo sido criada com a finalidade de coordenar as diferentes legislações nacionais²⁰. Encontra-se acolhida nos arts. 4.º e 5.º do DL 7/2004.

O *princípio do controlo do país de origem* tem significativa importância no quadro dos problemas que aqui discutimos. A fórmula encontrada para assegurar um tratamento homogéneo dos serviços da sociedade da informação foi a de delimitar um conjunto de matérias, relativas à atividade dos prestadores de serviços, que deverão constar uniformemente na legislação nacional de cada Estado-Membro.

Este conjunto de matérias denomina-se *domínio coordenado*²¹ e diz respeito às exigências que todo o prestador de serviços tem de observar relativamente aos serviços da sociedade da informação²².

O controlo do cumprimento deste *domínio coordenado* cabe ao Estado-Membro em que se encontre estabelecido o prestador de serviços. É o que se designa por *princípio do controlo do país de origem*²³. O país de origem é onde o prestador de serviços tem o seu estabelecimento. Para este efeito, entende-se por *estabelecimento efetivo* o local onde estão centradas as suas atividades de prestação de serviços da sociedade da informação e não propriamente a localização formal da sede²⁴.

²⁰ ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*, cit., p. 132; Alexandre CRUQUENAIRE - "Transposition of the E-Commerce Directive: Some Critical Comments". In DSI, Vol. V, 2004, pp. 101 ss.

²¹ Definido no art. 2.º, al. b), da Diretiva 2000/31/CE.

²² Aplica-se a *lei do lugar do estabelecimento* ao domínio coordenado. Pertencem ao domínio coordenado de cada país os requisitos legais impostos aos prestadores de serviços da sociedade da informação, quanto às próprias habilitações, autorizações e identificação e quanto à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos. Cfr. o art.º 5.º, n.º 1, als. a) e b), do DL7/2004.

²³ Art. 3.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE.

²⁴ A Diretiva 2000/31/CE define o que entende por *prestador de serviços estabelecido* no art. 2.º, al.e), e o DL 7/2004 no art. 4.º, ns.º 2 e 3. A interpretação deste conceito deve fazer-se em conformidade com o disposto no Tratado e com a jurisprudência do TJUE.

Dada a natureza dos serviços, tem-se defendido que o controlo pode ser exercido mais rápida e eficazmente no Estado-Membro em que o prestador está estabelecido e a partir do qual explora a sua página *web*²⁵.

Mas o país de origem tem ainda competência para estabelecer o regime jurídico básico aplicável aos prestadores de serviços em rede nele estabelecidos. Com efeito, a Diretiva sobre o comércio eletrónico, não se limita a atribuir ao Estado-Membro de origem do prestador de serviços o controlo dos serviços da sociedade da informação, indica também que será esse ordenamento jurídico que ditará as regras aplicáveis aos serviços a controlar, ou seja, não apenas indica que Estado tem o poder de controlar os serviços da sociedade da informação mas também que lei lhes é aplicável.

O sistema de controlo do país de origem parte do pressuposto de que ao prestador estabelecido num Estado-Membro se aplica a legislação nacional desse Estado. O ponto de conexão para a aplicação da legislação de um Estado concreto é o *lugar do estabelecimento*. Portanto, os *prestadores de serviços estabelecidos* em Portugal ficam sujeitos à lei portuguesa relativa à atividade que exercem, mesmo que diga respeito a serviços prestados noutro Estado-Membro²⁶.

Também o *princípio do reconhecimento mútuo* tem um lugar de relevo que não podemos deixar de salientar neste enquadramento e deve ser encarado como um pilar decisivo para a compreensão e o desenvolvimento do impacto da circulação de bens e serviços no mercado globalizado. Surge em complemento ao *princípio do país de origem*, vindo obrigar o Estado-Membro do destino do serviço a aceitar os serviços procedentes de outros Estados que sejam conformes com as legislações aí vigentes e a confiar que tenha sido aí (na origem) efetuado o devido controlo²⁷.

Este princípio implica que os outros Estados-Membros não podem restringir (por razões derivadas do domínio

²⁵ ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*, cit., p. 133.

²⁶ Art. 4.º, n.º 1, do DL 7/2004.

²⁷ Cfr. Comunicação da Comissão Europeia, Comércio Eletrónico e Serviços Financeiros COM (2001) 66, 07.02.2001.

coordenado) a prestação de serviços da sociedade da informação procedentes de um prestador estabelecido num Estado-Membro da EU²⁸, salvo os casos legalmente previstos.

Assim, os serviços da sociedade da informação são regulados pela lei do país onde está estabelecido o prestador de serviços; podem ser livremente fornecidos em todo no espaço da União Europeia por um prestador de serviços, desde que o mesmo respeite as regras e regulamentações em vigor no Estado-Membro em cujo território se encontra estabelecido; e os Estados-Membros de destino dos serviços não podem restringir ou impedir a livre circulação desses serviços.

3. As exceções e derrogações à liberdade de circulação de bens e serviços e de contratação eletrónica. Os resultados apurados no confronto entre os novos modelos de negócios, a praxis mercantil e a preservação de valores fundamentais

As temáticas do comércio eletrónico e dos contratos celebrados através da Internet são relativamente recentes e, atendendo ao meio tecnológico que lhes serve de veículo, podem levantar um sem número de questões e problemas²⁹. As implicações de cariz contratual³⁰ prendem-se com o meio que é

²⁸ Art. 3.º, n.º 2, da Diretiva 2000/31/CE.

²⁹ Nomeadamente: como avaliar a capacidade das partes quando não sabemos a identidade da pessoa com quem contratamos? Como se manifestam as declarações de vontade neste ambiente eletrónico? Qual a sua validade formal e o seu valor probatório? Como enquadrar o documento eletrónico e a assinatura eletrónica? Como qualificar a publicitação de um produto numa página *Web* ou oferta em linha de bens e serviços? Outros problemas dizem respeito à determinação do momento e do lugar da conclusão do contrato eletrónico, com a finalidade de fixar os seus efeitos, a lei aplicável e a jurisdição competente. Sobre as questões que a temática da contratação eletrónica apresenta, v. Alexandre Dias PEREIRA, "A Via Electrónica da Negociação (Alguns Aspectos)". In *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 8. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007, pp. 275 ss; e José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil - Vol. II*. 2.ª ed., 2003, pp. 473 ss.

³⁰ Para Alexandre Dias PEREIRA, *O Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica À Confiança Jurídica*, Coimbra: Almedina 1999, p. 15, trata-se de "uma nova forma de transmissão de declarações negociais que se concretiza

utilizado – visto como mercado e como canal de distribuição -, com a natureza de tais transações, a sua admissibilidade legal, bem como o grau de certeza das transações e os níveis de segurança técnica exigíveis, entre outros³¹.

As exceções ao *princípio da livre circulação do serviços* são de vária ordem. A livre circulação de serviços da sociedade da informação pode ser restringida, verificando-se alguma das derrogações previstas na lei à “cláusula do mercado interno” nos arts 6.º e 7.º do DL7/2004.

A *cláusula do mercado interno* admite apenas dois tipos de derrogações à sua aplicação: as *derrogações de carácter geral*, expressamente previstas no art. 6.º, que afastam a aplicação do princípio do país de origem³², e as *derrogações especiais*, que

através do processamento e da transmissão eletrónica de dados”. Podem enviar-se mensagens eletrónicas de conteúdo contratual, designadamente, aceitar uma proposta contratual de um profissional que é apresentada numa página da Internet, com um simples clique no ecrã do computador ou de um outro dispositivo móvel eletrónico. É ainda possível a celebração de contratos realizada exclusivamente entre computadores, os quais transmitem declarações negociais introduzidas por pessoas físicas que programam os computadores.

³¹ Neste enquadramento, é de considerar a importante problemática da *proteção jurídica do consumidor*, matéria que, por extravasar os limites impostos ao presente texto, não poderá ser aqui tratada. Por conseguinte, apenas diremos que a consagração de um regime jurídico de proteção do consumidor na contratação electrónica encontra a sua justificação no aumento da fraqueza do consumidor no mercado virtual, cada vez mais técnico, onde a celebração de um contrato requer uma certa segurança na manipulação das ferramentas tecnológicas e no domínio perfeito das vicissitudes da rede aberta. Como é reconhecido, no comércio eletrónico através da Internet o consumidor pode encontrar-se numa posição ser ainda mais fragilizada do que sucede nas restantes relações de consumo. Cfr. Elsa Dias OLIVEIRA, *A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*, pp. 29-30.

³² Este artigo transpõe o Anexo da Diretiva 2000/31/CE. As matérias excluídas da aplicação do *princípio do país de origem* dizem respeito à propriedade intelectual, à emissão de moeda eletrónica, à publicidade realizada por um organismo de investimento coletivo em valores mobiliários, à atividade seguradora, quanto a seguros obrigatórios, à matéria disciplinada por legislação escolhida pelas partes no uso da autonomia privada, aos contratos com consumidores no que respeita às obrigações deles emergentes, à validade dos contratos em função dos requisitos legais de forma, em contratos relativos a direitos reais sobre bens imóveis e à permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio eletrónico. Sobre as razões da exclusão de certas

constituem exceções ao princípio do reconhecimento mútuo.

Ambas consistem na adoção pelos Estados-Membros de medidas que impedem a circulação de um determinado serviço da sociedade da informação, proveniente de outro Estado-Membro, em caso de lesão ou ameaça grave de lesão de certos valores fundamentais³³ e desde que obedeçam a formalismos e critérios expressamente determinados no art.7.º³⁴.

Entre as derrogações gerais, destacaremos os *contratos celebrados com consumidores*, no que respeita às obrigações deles emergentes e a permissibilidade do *envio de mensagens publicitárias não solicitadas por correio eletrónico (spam)*³⁵. Nas derrogações de carácter parcial, salientaremos, entre outras, a possibilidade de um Estado-Membro restringir a circulação de um serviço se este lesar ou ameaçar gravemente os consumidores, incluindo os investidores³⁶.

As derrogações gerais compreendem, desde logo, o envio de comunicações publicitárias não solicitadas por correio eletrónico. A problemática da permissibilidade do envio de mensagens publicitárias não solicitadas é complexa e goza de um regime e compromisso entre a liberdade de iniciativa económica, reconhecida pela Constituição da República portuguesa aos agentes económicos e operadores da publicidade, e o direito fundamental, também protegido constitucionalmente, à privacidade e à reserva da intimidade da vida privada e dos dados

matérias à aplicação do princípio do país de origem, v. ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*, cit., pp. 134 ss.

³³ Os valores fundamentais a preservar são, nos termos do art. 7.º do DL 7/20004, os relativos: à dignidade humana ou à ordem pública, incluindo a proteção de menores e a repressão do incitamento ao ódio fundado na raça, no sexo, na religião ou na nacionalidade, nomeadamente por razões de prevenção ou repressão de crimes ou de ilícitos de mera ordenação social; à saúde pública; à segurança pública; e aos consumidores, incluindo os investidores.

³⁴ Estão reguladas nos arts. 7.º a 9.º DL 7/2004 (correspondem ao art. 3.º, n.º 4, da Diretiva 2000/31/CE). Mas só as medidas restritivas, que forem compatíveis com o disposto no diploma, é que poderão ser aplicadas, devendo ser adotadas casuisticamente e em relação a um serviço específico. Cfr. ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*, cit., p.135.

³⁵ Als. f) e b), respetivamente, do art. 6.º do DL 7/2004.

³⁶ Al. d), do n.º 1, do art. 7.º do DL 7/2004.

pessoais de todos os cidadãos. O regime especial do envio de *spam*, de que já nos ocupámos em outros estudos, insere-se no âmbito do princípio da proteção da privacidade no comércio eletrónico e tem muito interesse prático, mas não poderá ser aqui desenvolvido por não constituir o cerne do tema do presente trabalho.

Neste contexto, apenas diremos que um Estado-Membro poderá restringir ou proibir o envio de publicidade não solicitada através de correio eletrónico dirigida a pessoas residentes nesse Estado, podendo prever a aplicação da sua lei, ainda que tal envio seja lícito no Estado de origem do prestador de serviços [art. 6.º, al. *b*)]. A derrogação do *princípio do país de origem* fundamenta-se no respeito pela regulamentação que nesta matéria é adotada pelo Estado-Membro.

Considera-se que nesta situação não concorrem as circunstâncias que justificam a aplicação daquele princípio do controlo do país de origem, pois nada impede que o operador económico selecione os destinatários aos quais pretende enviar a comunicação não solicitada por correio eletrónico, evitando desse modo o envio de publicidade a destinatários com residência ou domicílio em Estados onde essa prática é proibida ou restringida³⁷.

Pode, no entanto, levantar-se a questão de saber se a derrogação do princípio do país de origem, no caso de comunicações não solicitadas por correio eletrónico (*spam*), é extensível às comunicações publicitárias não solicitadas difundidas através de *meios diferentes* (embora equivalentes) do correio eletrónico. A interrogação tem cabimento atendendo à grande disparidade de meios eletrónicos que podem ser utilizados para este fim, desde o telefone, através de aparelhos de chamada automática e de telecópia, às SMS, EMS, MMS e outras aplicações similares³⁸.

Em todos estes meios os interesses a tutelar são comuns ainda que o meio seja variável. Em última instância estão em causa quer a proteção dos dados pessoais quer a privacidade

³⁷ Anxo TATO PLAZA - "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet", cit., pp. 201-202.

³⁸ Cfr. o art. 13.º-A da L. 41/2004.

dos destinatários das referidas comunicações não solicitadas. Pensamos que a derrogação limitada à utilização do meio correio eletrónico fica aquém do que seria desejável e não tem na devida conta a proteção da privacidade dos destinatários das mensagens publicitárias, que são geralmente consumidores.

Parece-nos que as razões da exceção do *princípio do país de origem* no caso de envio e comunicações não solicitadas por correio eletrónico devem ser extensíveis aos restantes meios eletrónicos referidos, não sendo o meio utilizado um factor que interfira na alteração dos *bens ou valores* dignos da proteção legal.

É certo que poderá contrapor-se que a opção, digamos, “restritiva” do legislador comunitário encontra o seu fundamento no facto de que, por questões económicas, nas campanhas publicitárias de *telemarketing* coincidem, na maioria dos casos, o país de origem do prestador de serviços com o país do destinatário. E concedemos que na prática (a experiência mostra-nos) as mensagens publicitárias não solicitadas que são recebidas, provenientes de outros países chegam-nos normalmente pela via que implica menores custos – o correio eletrónico - e não por telefone.

De todo o modo, esta situação está a mudar. A tecnologia móvel avança a uma velocidade estonteante e não se compadece com um Direito impreparado e alheado dessa evolução. Basta pensar nas atuais plataformas digitais móveis com acesso à Internet (por exemplo, os *smartphones*) e com as suas múltiplas aplicações e funcionalidades, já para não falar das redes sociais e do seu enorme potencial neste domínio, que permitem aos anunciantes atingir os seus “alvos preferenciais”, a todo o tempo e em qualquer lugar, sem recorrerem necessariamente ao correio eletrónico.

Refira-se a finalizar que o *princípio da neutralidade tecnológica*, que informa o regime do comércio eletrónico na sociedade da informação, encontra a sua razão de ser justamente nesta linha de evolução permanente das técnicas de comunicação a distância.

A segunda derrogação geral é relativa aos contratos celebrados com consumidores, no que respeita às obrigações deles emergentes. O *princípio do país de origem* que aqui salientamos tem grandes implicações no domínio da proteção do consumidor

e diz respeito à não aplicação da lei do lugar do estabelecimento do prestador de serviços às obrigações emergentes dos contratos celebrados com consumidores [cfr. o art. 6.º, al. f), do DL 7/2004]. Quanto a estes, vale o regime particular dos contratos celebrados com consumidores, previsto no Regulamento (CE) n.º593/2008 (Roma I) aplicável às obrigações contratuais³⁹.

Portanto, a “lei do país de origem” do prestador de serviços é substituída pela lei que seria aplicável por força do normal funcionamento das normas de conflito que, no caso presente caso, é a “lei do país de residência habitual do consumidor”, nos termos do art. 6.º do Regulamento.

O regime especial visa a proteção do consumidor mas estabelece certas condições: a lei aplicável é a “lei do país de residência do consumidor”, desde que este seja também o país no qual o profissional exerce as suas atividades ou para o qual as suas atividades estão direcionadas⁴⁰. Não obstante, segundo o “princípio da liberdade de escolha”, as partes podem também aplicar outra lei, desde que esta proporcione o mesmo nível de proteção ao consumidor que a lei do país de residência deste.

Esta derrogação significa que a Diretiva não pretende afetar a legislação aplicável às obrigações contratuais relativas a

³⁹ Cfr. o art. 6.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Sobre a relação entre normas de aplicação imediata de proteção do consumidor e a Convenção de Roma de 1980, v. Elsa Dias OLIVEIRA- "Lei Aplicável aos Contratos Celebrados com os Consumidores Através da Internet e Tribunal Competente". In EDC, n.º 4 (2002), pp. 316-319.

⁴⁰ Na verdade, no Título II, Capítulo III “O princípio da proteção do consumidor na contratação eletrónica”, estabelece-se as condições, de que faz depender a aplicação da “lei da residência do consumidor”, nas als. *a*) e *b*), do n.º1, do art. 6.º do Regulamento Roma I: «1. Sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º e 7.º, os contratos celebrados por uma pessoa singular, para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua atividade comercial ou profissional (“o consumidor”), com outra pessoa que aja no quadro das suas atividades comerciais ou profissionais (“o profissional”), são regulados pela lei do país em que o consumidor tem a sua residência habitual desde que o profissional: *a*) exerça as suas atividades comerciais ou profissionais no país em que o consumidor tem a sua residência habitual, ou *b*) por qualquer meio, dirija essas atividades para este ou vários países, incluindo aquele país, e o contrato seja abrangido no âmbito dessas atividades».

contratos celebrados pelos consumidores. E assenta na ideia de que a Diretiva não pode ter como resultado privar o consumidor da proteção que lhe é concedida pelas disposições compulsivas relativas às obrigações contratuais, constantes da legislação do Estado-Membro em que este tem a sua residência habitual⁴¹.

Ainda que a licitude de uma obrigação contratual seja aferida em função da legislação do Estado do estabelecimento do prestador de serviços, a relevância contratual daquela obrigação num contrato celebrado com um consumidor poderá ser calibrada em conformidade com a legislação do Estado onde o contrato foi recebido e onde tenha domicílio o consumidor. Ilustremos com um exemplo: a integração da publicidade nos contratos celebrados com consumidores.

Da conjugação do disposto no art. 7.º, n.º 5, da Lei de Defesa do Consumidor (LDC)⁴² com a derrogação prevista no art. 6.º, al. f), do DL 7/2004 resulta que o conteúdo das mensagens publicitárias será exigível, e fará parte integrante do contrato (caso venha a ser concluído), se a lei do Estado de destino reconhecer tal imposição, mesmo que no Estado de origem do anunciante (onde se encontra estabelecido o proponente) não se reconheça a integração publicitária no contrato.

Por fim, são de mencionar as medidas restritivas especiais de proteção dos consumidores. Os Estados-Membros podem adotar medidas restritivas à circulação de um determinado serviço da sociedade da informação proveniente de outro Estado-Membro se o *serviço lesar ou ameaçar gravemente os consumidores*, incluindo os *investidores*⁴³.

⁴¹ Cfr. o Considerando 55) da Diretiva 2000/31/CE.

⁴² Recorde-se o teor da norma citada no texto: «As informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário».

⁴³ Al. d), do n.º 1, do art. 7.º. A lei não fornece qualquer definição de *investidores* mas devem ser aqui abrangidos os que se inserem na definição de “consumidor”. V. ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*, cit., p. 136, n. 77.

Muitas matérias podem ser cobertas por esta restrição, desde logo, as relativas à publicidade dado que “praticamente todo o regime jurídico da publicidade tem como objetivo a proteção do consumidor”⁴⁴. Em princípio, um Estado-Membro poderá impedir a divulgação no seu território, através da Internet, de uma comunicação publicitária lícita, segundo o ordenamento jurídico do país de origem, mas enganosa ou agressiva e por isso lesiva do interesse do consumidor, à luz da lei do país de receção dessa mensagem. Por exemplo, as solicitações persistentes e não solicitadas por telefone, fax, *e-mail* ou qualquer outro meio de comunicação a distância, previstas no elenco de práticas comerciais agressivas em qualquer circunstância⁴⁵.

Poderá estar nesta derrogação ao *princípio do reconhecimento mútuo* uma outra via para resolver o problema (que enunciamos supra) relativo às comunicações não solicitadas através de meios eletrónicos diferentes do correio eletrónico, dado que a legislação relativa à publicidade não solicitada tem por base também a proteção do destinatário consumidor. As mensagens publicitárias eletrónicas ficam, em princípio, submetidas à possibilidade de o legislador do Estado-Membro onde forem recebidas adotar medidas restritivas à circulação de um determinado serviço, independentemente do país de origem ou do lugar do estabelecimento do prestador, desde que o conteúdo destas mensagens possa lesar ou ameaçar gravemente os consumidores⁴⁶.

4. Conclusões

Resulta do exposto que a regulamentação da União europeia teve em vista, por um lado, tornar mais fácil as transações transnacionais e assegurar a livre circulação dos serviços da sociedade da informação e, por outro lado, impedir os entraves à contratação eletrónica.

Deste modo, os serviços da sociedade da informação são regulados pela lei do país onde está estabelecido o prestador de

⁴⁴ Anxo TATO PLAZA - "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet", cit., p. 203.

⁴⁵ Cfr. o art. 12.º, al. d), do DL 57/2008.

⁴⁶ Art. 7.º, n.º 1, al. d), do DL 7/2004.

serviços, prevendo a lei a liberdade de fornecimento desses serviços em todo o espaço da União Europeia por um prestador de serviços, na condição de que este respeite integralmente as regras em vigor no Estado-Membro em cujo território se encontra estabelecido. Os Estados-membros de destino dos serviços estão ainda impedidos de restringir ou impedir a livre circulação desses bens.

Na vertigem da escalada tecnológica, cruzam-se os desafios da “nova era” - a economia-digital -, baseados na criação exponencial de “lojas virtuais” e na adoção de renovadas estratégias de *marketing*; mas também são facilitadas as *transações transfronteiriças* e é proclamado o *princípio da proteção do consumidor*.

A proclamada “Sociedade da Informação e do Conhecimento”, baseada justamente nos serviços e nas novas Tecnologias de Informação e Conhecimento, tomou decisivamente o lugar da sociedade industrial outrora dominante, sendo neste contexto que se desenvolvem os denominados “serviços da sociedade da informação” e, mais amplamente, os negócios no quadro do moderno comércio eletrônico.

Estamos assim perante novos formatos de comércio, assumindo o direito mercantil a vanguarda nas transações de bens e serviços na sociedade globalizada dos nossos dias.

As implicações desta nova via de realização de negócios e transações são de vária ordem, como vimos *supra*, e prendem-se com o meio que é utilizado - como mercado e como canal de distribuição -, com a natureza de tais transações, a sua admissibilidade legal, bem como com os níveis de segurança técnica exigíveis, entre outros.

Como é compreensível, não é fácil analisar e abarcar com certeza e segurança e em toda a sua extensão os impactos e os reflexos do fenómeno da contratação eletrónica nos novos formatos de comércio, em constante evolução; e somos, por isso, continuamente desafiados a buscar, hoje e sempre na *praxis* como na lei, as respostas que em cada momento a realidade nos revela.

5. Referências bibliográficas

ANACOM- *O Comércio Eletrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*. 2004.

- ASCENSÃO, José de Oliveira - "Prefácio". In ANACOM- *O Comércio Eletrónico em Portugal - Quadro Legal e o Negócio*. 2004. Coimbra: Coimbra Editora.
- ASCENSÃO, José de Oliveira - A Sociedade Digital e o Consumidor. In: *Direito da Sociedade da Informação*, volume VIII, 2009, pp.123-153. Coimbra: Coimbra Editora.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra - "Noción de Comercio Electrónico". In Badenas Carpio- *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. Madrid: La Ley. 2001, pp. 5-64.
- CRUQUENAIRE, Alexandre - "Transposition of the E-Commerce Directive: Some Critical Comments". In APDI - *DSI*. 2004. Vol. V, pp.100 ss.
- LEITÃO, Adelaide Menezes - "Comércio Electrónico e Direito do Consumo". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. 2012, pp. 32 ss.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel - *Contratos eletrónicos*. 1999.
- OLIVEIRA, Elsa Dias - "Lei Aplicável aos Contratos Celebrados com os Consumidores Através da Internet e Tribunal Competente". In *EDC*, nº 4 (2002), pp. 316 ss.
- PEREIRA, Alexandre Dias - "A Proteção do Consumidor no Quadro da Diretiva sobre o Comércio Eletrónico". In *EDC*, n.º 2. Coimbra: Centro de Direito do Consumo. 2000, p. 43.
- PORTUGAL, O Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal. 1977. Disponível em 8 de março de 2016 em: <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes/LivroVerde1997.pdf>.
- SILVA, João Calvão da - *Banca, Bolsa e Seguros: direito europeu e português*. Coimbra: Almedina. 2007.
- SMITH, G.J.H. - *Internet Law and Regulation*. London: Sweet & Maxwell. 2007.
- TATO PLAZA, Anxo - "Aspetos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet". In José

Os contratos electrónicos e os novos formatos de negocios

Antonio Gómez Segade (Dir) - *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, pp. 196 ss.

Regulação internacional de energia nuclear: problema ou solução? Fatores que influenciaram e influenciam o processo

PATRICIA ANACHE¹

Universidade de Coimbra (Portugal)

1. Introdução

A energia nuclear, cujo fundamento de produção de eletricidade decorre da geração de uma enorme quantidade de energia em virtude de fissão ou fusão nuclear do urânio ou tório, tem sido cogitada (apesar das mais diversas polémicas políticas, ambientais e económicas) em substituição de outros tipos de matrizes energéticas alimentadas pelo fornecimento de combustíveis fósseis. A exemplo disso, é o recente plano energético nuclear Chinês, com construção e implantação de 80 reatores nucleares para fornecimento de energia elétrica em cadeia nacional e internacional. Desde sua primeira atuação, em 1954, essa forma de produção energética tem sido uma das maneiras mais eficazes de contribuição ao desenvolvimento sustentável, uma vez que sua produção não emite poluentes na atmosfera, isto é, zero carbono. Não obstante, há quem diga que essa matriz energética tem alto teor de periculosidade ao meio ambiente, eis que o fator de risco de ionização e lixo radiológico ainda não foram superados pela ciência.

Apesar dos inúmeros benefícios decorrentes da utilização da matriz energética nuclear, sobretudo por ser um meio

¹ Doutoranda em Direito Público, menção Direito Internacional Público pela Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito Internacional Público e Europeu (FDUC). *Visiting Researcher* na Universidade de Granada/Espanha. *Visiting Researcher* na Universidade Livre de Bruxelas/Bélgica. *Research Assistant* em matrizes energéticas limpas na América Latina pelo Centro de Direito Internacional – CEDIN/Brasil. Email: pateanache@gmail.com.

de produção de energia limpa, enfatizados em razão da necessidade de redução da emissão dos níveis de carbono e da demanda crescente no suprimento de energia em proporções mundiais, sua inserção no *mix* energético de um Estado requer uma análise ponderada em relação à consonância da estrutura interna institucional, legislativa, técnica e científica com os desafios inerentes ao uso da energia nuclear.

Por ser um meio de produção que exige elevada técnica e perfeição em seu funcionamento para que seus altos riscos radiológicos sejam minimizados, o desenvolvimento da indústria energética nuclear exige cuidado por parte não apenas do país em que dela se utiliza, como também de todos os atores nela envolvidos, haja vista que os efeitos altamente nocivos da radioatividade ou da radiação ionizante que por ventura venha dela decorrer, atingem não só o meio ambiente, como a toda coletividade, e se estendem a curto, médio e longo prazo o alcance local, nacional e transfronteiriço.

Levando-se em consideração que ainda não há no ordenamento jurídico internacional um regulamento padrão ou conjunto de *juscongens* que sirvam de *standarts* mínimos a serem respeitados na atuação da referida matriz energética, urge questionar a respeito de ser imperioso e urgente que um corpo de normas internacionais sirvam como base regulatória nuclear. De modo a garantir plena eficácia a esse meio de produção energética, é de se considerar que o futuro da energia nuclear somente avançará através de uma estrutura jurídica global, robusta e concentrada, que garanta não só o direito à informação, transparência de atuação das usinas nucleares, uma ativa administração pública supervisora a inspecionar e revelar atos que eventualmente possam trazer riscos de funcionamento ou perigos em sua atuação, mas que principalmente, seja garantidora de uma eficiência energética com riscos minimizados, com *standards* internacionais padronizados e vinculativos, e que esteja totalmente alinhada com a sustentabilidade ambiental?

2. Perspectiva Geral das Atividades Energéticas Nucleares

O desenvolvimento sustentável, enquanto desenvolvimento que visa satisfazer as necessidades do presente sem prejudicar a capacidade de satisfação das necessidades das gerações futuras apresenta-se como o desafio global das sociedades hodiernas. Por seu turno, o crescente consumo de energia e a alarmante crise ecológica que o mundo atravessa na atualidade, alertam-nos para urgência de se criar políticas energéticas que visem beneficiar as fontes de energias limpas em prol as matrizes energéticas habituais, finitas e altamente prejudiciais, tanto para meio ambiente como para o próprio ser humano.

A energia é a força motora das civilizações modernas, e os serviços energéticos são essenciais não só para contribuírem a incrementar a estabilidade social mediante a melhoria na qualidade de vida, mas também a rentabilidade econômica. O setor energético ocupa um lugar importante na economia mundial e, precisamente com a crise do câmbio climático, há um *revival* de possibilidades da matriz energética nuclear como fonte de energia alternativa, já que é altamente lucrativa e apresenta vantagem inoldidável de, além dos custos de construção e manutenção das centrais nucleares, não implicar emissão de qualquer tipo de poluição (LOVERLOCK, 2004).

A energia nuclear, cujo funcionamento consiste, de forma simples, na energia liberada dos núcleos atômicos (do urânio ou tório) que se desintegram radioativamente num cenário de fissão ou fusão, foi utilizada para fins pacíficos pela primeira vez em 1954, quando então entrou em operação a estação comercial de geração de energia nuclear *Obniské*, na antiga União Soviética. Desde então, em razão da instabilidade no fornecimento de combustíveis fósseis, países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Austrália, França, Japão e Rússia iniciaram programas nucleares, que posteriormente foram paulatinamente ampliados. Contudo, tendo em vista que da ascendente produção energética nuclear advieram acidentes nucleares nas estações de *Tree Miles Island* (Estados Unidos/1979), *Chernobyl* (Ucrânia/1986) e, mais

recentemente, em *Fukushima* (Japão/2011)², as perspectivas vindouras da matriz energética nuclear figuraram como objeto de uma série de questionamentos pautados na segurança e proteção nuclear das correspondentes instalações e atividades dessa produção de energia (BRYCE, 2010).

Na tentativa de evitar que mais insucessos como os acidentes supracitados sobreviessem, tendo em conta que não havia ainda nenhuma orientação normativa a ser seguida pelo setor que ora se comenta, as diversas centrais nucleares espalhadas no mundo uniram-se com o escopo de se autorregular, estabelecendo um padrão e controle mútuo entre si a serem respeitados (PONTIER, 2013)³.

Isso porque, bem sabiam que uma indústria nuclear era refém da outra, e sem o estabelecimento de um padrão normativo a ser respeitado e seguido pelas diversas centrais nucleares, o eventual acidente nuclear em uma central prejudicaria sistematicamente as demais, como reação em cadeia ocasionada por falta de criteriação e *standarts* mínimos de confiabilidade e segurança, o que poderia minar todo o mercado do setor energético nuclear da arena global. Desta feita, dessa união estabeleceu-se um organismo regulador privado, em 1980, denominado *Institute of Nuclear Power Operations*, que em 1989 se transformou em ente regulador privado global denominado *World Association of Nuclear Operators* – WANO (PLAZA, 2011).

Que as atividades nucleares são atividades especialmente conflitantes é algo cuja demonstração requer pouco esforço. Não obstante, percebe-se que, embora haja riscos impostos pelo uso da

² Para maiores informações a respeito de ambos acidentes nucleares, confira respectivamente: <<http://www.worldnuclear.org/info/Safety-and-Security/Safety-of-Plants/ThreeMile-Island-accident/> e <http://www.worldnuclear.org/info/Safety-and-Security/Safety-of-Plants/Chernobyl-Accident/>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

³ A obra de Pontier agrega vários contributos que analisam, através de diferentes e enriquecedoras perspectivas, a relação entre a democracia e o direito da energia nuclear, concluindo, de forma sucinta, que o desenvolvimento deste, e do respectivo corpo normativo, influencia positivamente o melhor desenvolvimento possível da democracia ao pugnar, por exemplo, uma participação ampla dos cidadãos, no quadro de uma discussão aberta, na construção do referido corpo normativo.

Regulação internacional de energia nuclear: problema ou solução? ...

energia nuclear, e concretizados pelos acidentes passados, afora minorias contrárias, o cenário nuclear da atualidade busca se superar, e sobrevive com integrantes que ratificam suas posições quanto à manutenção das respectivas centrais nucleares, aos quais são somados novos participantes com planos de início, expansão ou retomada de projetos de geração de energia nuclear (LOVERLOCK, 2004).

Atreladas vantagens de ordem ambiental, viabilizando o alcance das metas fixadas pelos Protocolos de Kyoto e Paris⁴, o interesse em salvaguardar a produção energética nuclear tem se baseado em três premissas principais: segurança energética, oportunidade de deter uma matriz cujo enorme fornecimento de eletricidade requer uma pequena quantidade de combustível, e dinamização econômica (SILVA, 2014).

A realidade contemporânea da energia nuclear traz indicativo de que aproximadamente 20% da energia consumida mundialmente é de origem nuclear, provenientes de 442⁵ reatores distribuídos por mais de 30 países que produzem eletricidade nuclear de forma segura, fiável e com impacto ambiental bem abaixo da média comparado com outras fontes geradoras de energia. De fato, essa é uma porcentagem considerável, tendo-se em conta que se trata de uma alternativa energética recente. Não obstante, esses dados poderiam ser ainda maiores, não fossem as complexidades de aceitação social e os desafios em relação à estruturação internacional institucional, legislativa e técnica inerentes ao uso da energia nuclear (COLVIN, 2004).

O desenvolvimento da indústria nuclear exige por parte não apenas do país que dela alimenta sua fonte energética e respectivos operadores, como também de todos os atores nela envolvidos, ausência imprescindível de falhas na sua

⁴ Tratam-se respectivamente dos Protocolos assinados na Conferência das Partes dos anos de 1997 e 2015. Vide:

<<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/cefact/recommendations/kyoto/welcome.htm>> e <<http://www.unece.org/sustainable-development/climate-change/unece-at-cop21.html>>. Acesso em 15 de setembro de 2016.

⁵ Fonte: Eletrobrás/Eletronuclear. Panorama da Energia Nuclear – Edição 2016. Disponível em:

<http://www.eletronuclear.gov.br/LinkClick.aspx?fileticket=SG_9CnL80wM%3d&tabid=406>. Acesso em: 02 jan. 2017.

operacionalização. Isso porque, os efeitos altamente nocivos causados pela radioatividade ou radiação ionizante, em decorrência de liberação de material radioativo, causada por erros técnicos no procedimento energético nuclear, em relação à saúde e a vida humana, bem como ao meio ambiente, estende-se a curto, médio e longo prazo, e são de alcance local, nacional e transfronteiriço (LEAL, 2016).

3. Instrumentos Internacionais: desafios normativos

A imprescindibilidade na determinação de critérios de proteção e segurança nuclear em caráter geral, principalmente após os acidentes nucleares supracitados, implicou na edição de uma série de instrumentalidades normativas e reguladoras internacionais, sem que estas, no entanto, tivessem força impositiva, mas apenas com caráter de orientação e incentivo internacional, isto é, não prevê mecanismos coercitivos e sancionatórios quanto ao seu cumprimento por parte dos Estados signatários, imputando ‘obrigações’ e ‘responsabilidades’ aos Estados, em cuja jurisdição é utilizada a produção de energia nuclear, as quais denotam a necessidade de estabelecimento de padrões de elevado nível de proteção e segurança nuclear na referida matriz energética por parte de todos os envolvidos, ainda que preceitos se dirijam diretamente aos países (LEAL, 2016).

Como caráter ilustrativo, referencia-se a alguns acordos que se concretizaram desde então: Convenção sobre a notificação rápida de um acidente nuclear, ocorrida em 1986, Convenção sobre assistência em caso de acidente nuclear ou emergência radiológica, ocorrida em 1987, Convenção sobre proteção física de materiais nucleares, também em 1987 – com significativas emendas em 2005, Convenção sobre segurança nuclear, ocorrida em 1996 e na Convenção conjunta sobre a segurança da gestão do combustível irradiado e a segurança da gestão dos resíduos radioativos, ocorrida em 2001⁶.

Com essas Convenções, o cumprimento, bem como o aprimoramento por parte dos Estados signatários de seus

⁶ Para maiores informações, *vide Treaties, Conventions and Agreements Related to the IAEA's Work*: <<https://www.iaea.org/publications/documents/treaties>>. Acesso em 21 de setembro de 2016.

respectivos preceitos, tais como a obrigação de desenvolvimento de uma estrutura legislativa e regulatória interna, que incorpore as disposições de proteção nuclear elencadas acima, como também a criação de um organismo regulador internacional com efetiva independência aos demais órgãos responsáveis pela promoção de energia nuclear, passou a ser verificado através de revisões anuais e especializadas chamadas *peer reviews* (WASHINGTON, 1997).

Pode-se dizer que se tratam tais revisões de reuniões periodicamente realizadas pelas partes contratantes e secretariadas pela Agência Internacional de Energia Atômica (*International Atomic Energy Agency – IAEA*)⁷, cujo escopo é a análise quanto ao cumprimento pelos signatários dos dispositivos da Convenção, por meio dos relatórios apresentados por cada qual acerca das medidas implementadas nesse sentido. Em contrapartida, são realizadas recomendações de aprimoramento por parte dos demais signatários, cujo *standarts* sinalizam consenso internacional (WASHINGTON, 1997).

De fato, a realização de revisões especializadas viabiliza não somente a observância das disposições da Convenção, desenvolvendo quadro interno de proteção em matéria nuclear por parte dos Estados, mas também promove dinâmica ao próprio texto do instrumento ao permitir propostas de implementação de medidas no sentido de aprimorá-lo, obstando, contudo, a sua constante alteração⁸.

⁷ A Agência Internacional de Energia Atômica foi criada em 1957 em resposta aos profundos temores e expectativas gerados pelas descobertas e usos diversos da tecnologia nuclear. A gênese da Agência foi o discurso do presidente dos EUA, "Átomos para a Paz", à Assembléia Geral das Nações Unidas em 8 de dezembro de 1953. A ratificação do Estatuto pelo Presidente Eisenhower, em 29 de julho de 1957, marca o nascimento oficial da Agência Internacional de Energia Atômica, cujo objetivo principal está fortemente ligado à tecnologia nuclear e às suas aplicações controversas, quer como uma arma, quer como uma ferramenta prática e útil. Para maiores informações e detalhes, *vide*: <https://www.iaea.org/about/overview/history>.

⁸ A par de tais instrumentos, em matéria de proteção nuclear foram editados outros, como a Convenção de Viena sobre responsabilidade civil por danos nucleares e a Convenção de Paris sobre responsabilidade de terceiros no domínio de energia nuclear.

Muito embora haja consenso internacional nessas orientações normativas, e de fato pode-se afirmar que as medidas de fiscalização e incentivo muito colaboram para evitar discrepâncias no cenário energético nuclear, há que se informar – e isso sim é critério preocupante – que existem complexidades no cumprimento desses padrões, uma vez que a falta de investimento ou manutenção em tecnologias utilizadas nas centrais nucleares induzem determinadas centrais ao descaso, levando-a incorrer aos potenciais riscos consequentes dessa inércia que pode ser tanto por parte do Governo como por falta de incumprimento contratual.

Como se pode observar, há um desafio normativo regulamentador internacional no âmbito da matriz energética nuclear, cujo manifesto da importância do direito e da administração pública devem tender ao desenvolvimento e viabilidade do mercado nuclear, sobretudo no que se trata de segurança nuclear e padrões de confiabilidade no pleno funcionamento dessa matriz energética. Para que haja prosperidade no referido setor, esse desafio deve convencer a coletividade com argumentos maduros e concisos de que há segurança no mecanismo de produção energética nuclear e consequentes atos, devendo-se também assegurar que se ofereça toda a informação a respeito dos riscos com a máxima transparência (LOVERLOCK, 2004)⁹.

Tendo em conta que a desregulamentação no setor é potente causadora de crises, sem olvidar, há urgente necessidade de se introduzir mecanismos de previsão e precaução normativa que sejam capazes de analisar os valores dos riscos e as possibilidades dos diversos danos radiológicos (assim como a incidência social e ambiental) que a matriz energética nuclear pode desencadear caso não haja *standarts* mínimos internacionais a

⁹ Sobre a questão normativa e a defesa da energia nuclear, pode-se citar LOVERLOCK, que defende que os riscos potenciais do uso da energia nuclear não tem força perante os danos causados pela poluição do ar e do aquecimento global. Ademais, reconhecendo a importância da transparência e da participação do público, veja o instrumento europeu relevante: <<http://www.nuclear-transparency-wacht.eu/>>

serem cumpridos e respeitados como força normativa vinculante (RODRIGUES, 2016).

No âmbito dessa temática, entende-se que uma das possíveis soluções para criteriação do procedimento regulamentador ordinário intensificado na escala internacional de normativas nucleares, é pautar-se na intervenção administrativa de um órgão internacional dotado de poderes suficientemente capazes de equivaler a orientação normativa em caráter de *juscogens* e *standart* internacional, cujas diretrizes deverão ser robustas e sólidas na constante busca de, através de normativas positivas, e fiscalização intrínseca, minimizar os riscos que se implicam nesta atividade, respeitando os critérios adotados pelas companhias privadas.

No ponto, essa questão merece ser ratificada com a ideia de que, primeiramente, a estrutura interna legislativa e regulatória seja moldada a partir de três conceitos de padrão internacional: *safety*, *security* e *safeguards*, isto é, proteção nuclear, segurança nuclear e salvaguarda (IAEA, 2005).

A definição de *safety*, fundamental para o entendimento da construção do regime nuclear internacional, nomeadamente na temática tratada, é atrelada aos riscos da radioatividade. Isso, porque consiste na proteção do ser humano e do meio ambiente face aos riscos da radiação ionizante, bem como em um elevado nível de proteção nuclear das instalações e consequentes atividades que dão ensejo a tais riscos, cuja presença se dá em circunstâncias normais e anormais, ou seja, em consequência desses riscos. Deste modo, as medidas de proteção nuclear, devidamente inseridas na legislação e regulação interna, serão destinadas a prevenir tais incidentes e a mitigar os efeitos dele decorrentes.

Quanto ao conceito de *security*, este deverá nortear a prevenção, detecção e resposta de atos de sabotagem, roubo, acesso não autorizado, transferência ilegal ou a outro ato malicioso que envolva material nuclear, substâncias radioativas ou até mesmo respectivas instalações que colocam em risco ou potencialmente possam causar danos ao ser humano.

Em relação a *safeguards*, trata-se estritamente a respeito do uso pacífico do combustível nuclear, devendo-se consistir em

medidas de verificação por parte do IAEA acerca do cumprimento dos *standarts* (dos compromissos firmados) por parte dos Estados que os obsta de utilizarem material nuclear no desenvolvimento de armas ou arsenais nucleares e dispositivos explosivos (IAEA, 2005).

Esta visão da atuação de um órgão regulamentador internacional no domínio administrativo da matriz energética nuclear da arena global alcança um *status* primordial, quando se cogitam temáticas transversais à questão do desenvolvimento sustentável, socioeconômico e cultural de uma nação que adota viés da matriz energética nuclear, tais como: rentabilidade econômica, política industrial, desenvolvimento científico e tecnológico, sustentabilidade financeira e ambiental, entre tantas outras (FEDERICO, 2011).

Este fenômeno estrutural, fruto da pós-modernidade vivenciada em rede, permite minimizar vetores causadores da crise regulatória, papel de ameaça permanente ainda na sociedade que carece de informações a respeito dos inúmeros benefícios e vantagens que se extrai da matriz energética nuclear quando esta se encontra fundamentalmente pautada em diretrizes normativas robustas e fiáveis, e tenha como seus principais reflexos a própria aceleração do processo de globalização normativo internacional e a ampliação do pluralismo jurídico tanto no âmbito interno dos Estados como também transnacional.

Nesta propositura, um dos objetivos da regulamentação internacional de energia nuclear é justamente o de despertar o debate sobre a importância da lógica do *Nuclear Governance*, no contexto de cooperação entre Estados, operadores, reguladores, pesquisadores, fornecedores e demais organizações, exigida na operacionalização de todo o ciclo de instalações e atividades nucleares, especialmente de normativas e regulamentos das estações de geração de energia nuclear (KOOIMAN, 2003).

Na verdade, a *Nuclear Governance*, inerente ao desenvolvimento da indústria nuclear, constitui a própria interação estabelecida entre as partes nela envolvidas, que permeada pela cooperação, transparência e confiança mútua, é direcionada a solucionar problemáticas, suscitadas no âmbito nuclear,

envolvendo uma das áreas inseridas nos conceitos de *safety*, *security* e *safeguards* (IAEA, 2012).

Isso posto, a outra temática que compõe núcleo do debate, qual seja, encontrar uma resposta aos desafios impostos pela escassez de recursos energéticos, pela crescente dependência externa e pelos problemas ambientais, pode-se argumentar que, em sede de energias limpas, a política da matriz energética nuclear assume três objetivos estratégicos, quais sejam: garantia da segurança no aprovisionamento da energia, no intuito de reduzir a dependência face a fontes de energias poluentes da atmosfera, ou dependentes exclusivamente de forças da natureza, promoção de uma política ambiental responsável e, por fim, mas não menos importante, alcançar uma matriz energética inovadora, capaz de captar novos investigadores e ajustar a produção e consumo de energia aos ideais propostos, de modo a superar os principais entraves ao desenvolvimentos desta energia: segurança, resíduos radioativos e o risco dos acidentes e dos conflitos armados nucleares.

4. Notas Conclusivas

A partir das premissas supracitadas, é possível sistematizar que, tendo em vista que no regime nuclear global visa, em especial, direcionar-se à proteção, segurança e salvaguarda nuclear, e constituído por uma série de instrumentos e *standarts* internacionais, códigos de conduta e orientações normativas cujo cumprimento é preponderantemente voluntário por parte dos atores internacionais nele inseridos, o principal e mais central ponto a ser levantado é que o cenário nuclear mundial está pautado nas deficiências do próprio regime que ensejaram tal evento.

Levando-se em conta a evolução normativa e conceitual nuclear, pautando-se no desenvolvimento significativo que se sucedeu após os gravames ocasionados pelos principais acidentes nucleares mundiais, denota-se ainda que tal estrutura normativa demanda de um constante aprimoramento, de modo a refletir o cumprimento dos elevados níveis de proteção nuclear que precisam ser considerados e respeitados e, por conseguinte, de segurança e salvaguarda nuclear, de modo a assegurar a tutela do

ser humano e do meio ambiente face aos abomináveis riscos causados pela radioatividade.

Com esse pressuposto, verifica-se que necessário se faz o entendimento da regulamentação internacional de energia nuclear numa dupla dimensão, enquanto conceito de viés político-institucional e na vertente normativa internacional, em que a *Global Nuclear Governance* em seu papel institucional internacional deverá assumir a responsabilidade de ser o ente internacional orientador e originário de normativas internacionais vinculativas aos Estados que se utilizam da matriz energética nuclear, que por sua vez deverão ser respeitadas, cumpridas e operacionalizadas mediante um conjunto coordenado de políticas públicas internas e transfronteiriças.

Em verdade, referidas pretensões subestimam as exigências que implicam o início e o desenvolvimento de um programa nuclear bem sucedido, tais como a necessidade de uma sólida infraestrutura em termos de recursos humanos, educação, pesquisa, indústria, tecnologia, cooperação internacional e capacidades financeiras e regulatórias, bem como a garantia da disponibilidade de suporte técnico e de fornecimento de equipamentos e serviço de qualidade durante todo o ciclo de vida de uma central nuclear.

Em face da supracitada dimensão instrumental normativa internacional, responsável pela dinâmica regulamentar das normativas internacionais a respeito da energia nuclear, a problemática que se deslinda é que, afora a carência na disposição de elementos essenciais à implementação de uma indústria nuclear que siga à risca o padrão convencionado internacionalmente, outro fator que prejudicaria o cumprimento por parte dos atores internacionais, em especial os padrões de proteção nuclear, seria seu caráter de *soft law*.

Isso porque o contexto em que tais princípios e toda a extensão da ordem nuclear são erigidos é permeada pela governança nuclear na qual a solução de questões como a definição de níveis de proteção nuclear, manifestos por parâmetros internacionais se dá a partir de um consenso entre as partes, que por ela decida e seja dotada de poderes coercitivos e sancionatórios. Inclusive pelo fato de participarem no processo de

formulação e tomada de decisões é que sua tendência ao adimplemento voluntário das obrigações assumidas é muito maior.

Traçadas tais considerações, insta-se a propositura de uma *Global Nuclear Governance*, cujo escopo irá promover o desenvolvimento de meios para mitigar os atuais riscos existentes na produção de energia nuclear, o aprofundamento da dimensão endógena ou procedimental do estudo em questão, também tende a abordar o desafio global da sustentabilidade.

Tendo em vista que todas as problemáticas suscitadas no cenário nuclear internacional perpassam pela *nuclear governance*, a fim de serem eventualmente solucionadas, é nela que deverá restar todo o suporte normativo de um regime nuclear direcionado à tutela do ser humano e do meio ambiente face os riscos da radioatividade, sendo pois, endereçado nas três áreas que integram o conceito de mitigar riscos: proteção, segurança e salvaguarda nuclear. Logo, a coordenação e cooperação de esforços na dinamização e evolução da ordem nuclear internacional implicam no aprimoramento da própria instrumentalização institucional desse ente, isto é, na incorporação harmônica dos *standarts* internacionais com os princípios de *good governance*, promovendo progresso através da utilização pacífica da energia nuclear através da cooperação internacional dos países terceiros e organizações internacionais.

5. Referências Bibliográficas

- ALBERNI, Katia Lucas. *La Loi Relative à la Transparence em Matière Nucléaire*. Paris: Revue du Droit Public, tomo 123, nº 3, Mai-Juin 2007.
- ALMEIDA, Mario Aroso De. *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*. Almedina Editora, 2012.
- BAQUER, Lorenzo Martin-Retortillo. *Energia Nuclear y Derecho*. Madrid: Instituto Estudios Políticos, 1963.
- BERGER, Stanley David. *Environmental Law in Nuclear Energy*. Paris: OECD Publishing, vol. 2008, nº 1.
- BEURIER, Jean-Pierre E OUTRO. *Droit International de l'Environnement 2^a Édition*. Paris: Pédone, 2000.

- BIELECKI, Janusz E OUTRO. *Electricity in Europe Review of the Economic and Regulatory Changes*. Hague: Kluwer Law International, 2009.
- BRUGGEMAN, Véronique. *Energy Efficiency as a Criterion for Regulation in the European Community*. European Environmental Review, vol. 13, n° 5, May 2004.
- BRYCE, Robert. *Power Hungry: The Myths of "Green" Energy and the Real Fuels of the Future*. New York: Public Affairs, 2010.
- BURKE, Andrew J. *Energy & Environmental Law: Nuclear Regulatory Commission Authorizes Inaugural Combined Licenses for Construction and Operation of Two Commercial Nuclear Power Plants - In Re Southern Nuclear Operating Company*. Suffolk University Law Review, Vol. 45 n° 4, 2012.
- CADENAS, J.J. Gómez. *El Ecologista Nuclear*. Espasa Forum, 2009.
- CALVO, Trinidad Lázaro. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2005.
- CHAZOURNES, Laurence Boisson De E OUTRO. *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- COLVIN, Joe F. *Nuclear Energy: the global choice for the 21 century*. Whashington: Nuclear Energy Institute, 2004.
- CUSTÓDIO, Vinícius Monte. *A Energia Nuclear e o princípio da Precaução*. Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente – CEDOUA, n° 32, ano XVI, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- DORFMAN, Paul. *The National Politics of Nuclear Power: economics, security, and governance*. CrossMarck: Critical Policy Studies, vol. 9, n° 4, 2015.
- EMMERECHTS, Sam. *Environmental Law and Nuclear Law: a growing symbiosis*. Paris: OECD Publishing, 2008.
- EUROPEAN COMMISSION. *Nuclear Safeguards: Europe remains vigilant*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005.
- FEDERICO, Giulio. *Climate Change and Environmental Policies in the European Electricity Sector*. Revista da Concorrência e

Regulação internacional de energia nuclear: problema ou solução? ...

- Regulação, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nº 5, II, 2011.
- FERREIRA, Flávia Margarida Machado. *O Direito Internacional Nuclear e a Protecção do Ambiente*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.
- FREITAS, Lourenço Vilhena De. *Direito Administrativo da Energia*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.
- GOMES, Carla Amado. *Temas de Direito de Energia*. Editora Almedina, 2009.
- GONZÁLES, Marina Serrano E OUTROS. *Cuestiones Actuales del Derecho de la Energía: regulación, competencia y control judicial*. Madrid: Iustel – Comisión Nacional del Energía, 2010.
- GONZÁLES, Juan Manuel Ayllón Díaz. *Derecho Nuclear*. Granada: Editorial Comares, 1999.
- GOULD, Nicholas. *Nuclear Law & Regulation*. Mondaq Business Briefing, 2011.
- GUERON, J. *The Economics of Nuclear Power*, New York: Hardcover, 1957.
- GUIMARÃES, Leonam Dos Santos. *O Desafio da Aceitação Pública da Energia Nuclear*. Revista Marítima Brasileira, vol. 135, nº 10-12, out.-dez. 2015.
- HAYERBEKE, David E OUTROS. *European Energy Markets and New Agency for Cooperation of Energy Regulators*. Journal of Energy & Natural Resources Law, vol. 28, nº 3, July 2010.
- HEFFRON, Raphael James. *Nuclear Energy*. Oxford University Press: Yearbook of International Environmental law, vol. 23, 2012.
- HOLUBIEV, V. E OUTRO. *Ecological Problems Related to Uranium Mining and Uranium Processing Industry in Ukraine and Restoration Strategy Concept*. Vienna: IAEA International Symposium, may 2006.
- HORBACH, Nathalie L.J.T. *Nuclear Protocol of the Energy Charter Treaty*. Journal of Energy e Natural Resources Law, vol. 13, nº 3, August 1995.
- _____. *Contemporary Developments in Nuclear Energy Law. Harmonising Legislation in CEE/NIS*. Hague: Kluwer Law International, 1999.

- HOYLE, Fred. *Energía o Extinción? En Defensa de la Energía Nuclear*. Madrid: Alianza Editorial, 1981.
- INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY. *Handbook on Nuclear Law*. Vienna: July 2003.
- _____. *Safety Glossary*. Vienna, 2005.
- _____. *Strengthening the Global Nuclear Safety Regime*. Vienna, 2012.
- KACEN, Ikal Abbassi A. *Safety of Nuclear Installations, Spent Nuclear Fuel and Radioactive Waste Management in the EU: a legal analysis*. European Environmental Review, vol. 13, nº 4, April 2004.
- KOOIMAN, Jan. *Governing as Governance*. Londres: Sage Publications, 2003.
- KUS, Selma. *International Nuclear Law in the 25 years between Chernobyl and Fukushima and beyond*. Paris: OECD Publishing, Nuclear Law Bulletin, vol. 2011, nº 1.
- LALIN K. E OUTRO. *Liability Regime Of International Space Law: Some Lessons From International Nuclear Law*. Journal of East Asia & International Law, nº. 4-2, 2011.
- LARSSON, Marie Louise. *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation*. Stockholm: Kluwer Law International, 1999.
- LEAL, Vivian De Castro Morales. *Nuclear Governance no Contexto Pós-Fukushima*. Estudos de Direito da Energia nº 4. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.
- LÉGER, Marc E OUTRO. *Nuclear Transparency and Safety Act: what changes for French nuclear law?* Paris: OECD Publishing, 2006.
- LEITER, Amanda C.. *The Perils of a Ralf-built Bridge: risk, perception, shif majorities and the nuclear power debate*. Ecology Law Quarterly, nº 35. Forthcoming, Georgetown Public Law Research Paper nº 1001109, 2008.
- LOPEZ, Antônio Martin. *El Desarme Nuclear*. Granada: Universidad de Granada, 1974.
- LOUKA, Elli. *Nuclear Weapons, Justice and the Law*. Cheltenham: Eduawrd Elgar, 2011.
- LOVERLOCK, James. *Nuclear Power is the Only Green Solution*. The Independent, 24 Maio 2004.

Regulação internacional de energia nuclear: problema ou solução? ...

- LYSTER, Rosemary E OUTRO. *Energy Law and the Environment. Advanced Fossil Fuel and Nuclear Technologies*. Cambridge University Press: Sustainable Development Law & Policy, vol 7, nº 3, 2008.
- MALLARD, Grégoire. *Crafting the Nuclear Regime Complex (1950-1975): dynamics of harmonization of opaque treaty rules*. European Journal of International Law, vol. 25, nº 2, 2014.
- MARTELO JUNIOR, Ernesto. *Aspectos Regulatórios dos Programas de eficiência Energética no Setor Elétrico PT-BR*. Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- MCRAE, Ben. *Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage and Harmonisation of Nuclear Liability Law within the European Union*. Paris: OECD Publishing, vol. 2011, nº 1.
- MEREDITH, Spencer Barrett. *Nuclear Energy and International Cooperation. Closing the World's most Dangerous Reactors*. London: Routledge, 2015.
- MELÉNDEZ-ORTIZ, Ricardo. *Trade and the Challenges of Sustainable Development*. International Trade Forum, nº 2, April 2009.
- MIT NUCLEAR ENERGY STUDY ADVISORY. *The Future of Nuclear Power: an Interdisciplinary MIT Study*. Massachusetts Institute of Technology, 2003.
- MORRISON, Fred L. E OUTRO. *International, Regional and National Environmental Law*. Hague, Kluwer Law International, 2000.
- NANDA, Ved P. *International Nuclear Law: an Introduction*. Denver Journal of International Law and Policy, vol. 35, nº 1, 2006.
- NUCLEAR ENERGY AGENCY. *Technology Roadmap Nuclear Energy*. OECD, 2015.
- PATTERSON, Walter C. *La Energía Nuclear*. Primera edición española. Madrid: H. Blume Ediciones, 1982.
- PELZER, Norbert. *Nuclear New Build: new nuclear law?* Paris: OECD Publishing, 2010,
- PLAZA, Antonio Morales. *La Regulación Nuclear Globalizada*. Claves La Rey, 2011.

- PONTIER, Jean-Marie E OUTRO. *Droit Nucléaire: démocratie et nucléaire, sous la direction*. Centre de Recherches Administratives, 2013.
- RAETZKE, Christian. *Nuclear Law and Environmental Law in the Licensing of Nuclear Installations*. Paris: OECD Publishing, Nuclear Law Bulletin, vol. 2013, n° 1.
- ROBINSON, Nicholas A. E OUTROS. *Energy Law and Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira. *Os Desafios da Energia Nuclear Enquanto Desafios da Sustentabilidade de Brundtland*. Estudos de Direito da Energia n° 2. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Abril 2016.
- SCHEINMAN, Lawrence. *The International Atomic Energy Agency and World Nuclear Order*. Routledge, 2016.
- SENN, Myriam. *Non-State Regulatory Regimes. Understanding Institutional Transformation*. Ed. Springer, 2011.
- SILVA, Suzana Tavares Da E OUTRO. *Direito das Energias Renováveis*. Editora Almedina, 2013.
- SIQUEIRA, Mariana E OUTRO. *Uma Análise Crítica da Estrutura Regulatória do Setor Nuclear Brasileiro*. Natal: Revista de Filosofia do Direito do Estado e da Sociedade, vol. 5, n° 1, junho 2014.
- SOVACOOOL, Marilyn A. E OUTRO. *Climate Change and Global Energy Security: Technology and Policy Options*. Cambridge: MIT Press, 2011.
- _____. *Fact and Fiction in Global Energy Policy: fifteen contentious questions*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2016.
- STOIBER, Carlton. *The Review Conference Mechanism in Nuclear Law: issues and opportunities*. Paris: OECD Publishing, 2009.
- WASHINGTON, Monica J. *The Practice of Peer Review in the International Nuclear Safety Regime*. New York: N.Y.U. Law Review, Maio de 1997.
- WORLD NUCLEAR ASSOCIATION. *Performance Report 2016*. WNA, June 2016.
- ANEXO 1

Atores Internacionais em matéria de Energia Nuclear:

I. Organizações Internacionais

- European Commission (EC): www.europa.eu.int
- European Atomic Energy Community (EURATOM): <https://ec.europa.eu/programmes/euratom>
- International Atomic Energy Agency (IAEA): www.iaea.or.at/worldatom
- Nuclear Energy Agency (NEA): www.nea.fr
- Nuclear Energy Institute (NEI): www.nei.org
- Organization for Economic Co-operation and Development – Nuclear Energy Agency (OECD/NEA): <http://www.oecd-nea.org/>
- The Independent Global Nuclear News Agency (NUCNET): www.worldnuclear.org
- The World Nuclear Association (WNA): <http://www.world-nuclear.org/>
- World Association of Nuclear Operations (WANO): <http://www.wano.info/en-gb>
- World Energy Council (WEC): www.wec.co.uk
- World Information Service on Energy (WISE): <https://wiseinternational.org/>

II. Principais Autoridades Reguladoras no Mundo

- Autorité de Sûreté Nucléaire Française (ASN): <http://www.asn.fr/>
- Atomic Energy Commission of Japan (AEC): <http://www.aec.go.jp/jicst/NC/eng/index.htm>
- Atomic Energy Regulatory Board in India (AERB): <http://www.aerb.gov.in/>
- Canadian Nuclear Safety Commission (CNSC): <http://www.nuclearsafety.gc.ca/>
- Comissão Nacional de Energia Nuclear no Brasil (CENEN): <http://www.cnen.gov.br/>

- Comissão Reguladora para a Segurança das Instalações Nucleares em Portugal (COMRSIN): <http://www.comrsin.pt/pt/comrsin>
- Consejo de Seguridad Nuclear Español (CSN): <https://www.csn.es/>
- European Nuclear Safety Regulators Group (ENSERG): <http://www.ensreg.eu/>
- Federal Service for Environmental, Technological, and Nuclear Supervision in Russia (ROSTECHNADZDOR): <http://www.en.gosnadzor.ru/>
- Global Research for Safety in Germany (GRS): <http://www.grs.de/>
- Nuclear Regulatory Authority of the Slovak Republic (NRA SR): <http://www.ujd.gov.sk/>
- Office for Nuclear Regulation in UK (ONR): <http://www.onr.org.uk/index.htm>
- Slovenian Nuclear Safety Administration (SNSA): <http://www.ursjv.gov.si/>
- United States Nuclear Regulatory Commission (US.NRC): <http://www.nrc.gov/>

ANEXO 2

Relação de Tratados e Acordos Internacionais em matéria de Energia Nuclear desde 1986:

- 26 de Setembro de 1986: Convention on Early Notification of a Nuclear Accident;
- 26 de Setembro de 1986: Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency;
- 21 de Setembro de 1988: Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention;
- 17 de Junho de 1994: Convention on Nuclear Safety;
- 5 de Setembro de 1997: Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management;
- 12 de Setembro de 1997: Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage;

Regulação internacional de energia nuclear: problema ou solução? ...

- 12 de Setembro de 1997: Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage;
- 12 Fevereiro de 2004: Protocol to Amend the Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy of 29 July 1960, as Amended by the Additional Protocol of 28 January 1964 and by the Protocol of 16 November 1982;
- 12 de Fevereiro de 2004: Protocol to Amend the Convention of 31 January 1963 Supplementary to the Paris Convention of 29 July 1960 on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, as Amended by the Additional Protocol of 28 January 1964 and by the Protocol of 16 November 1982;
- 8 de Julho de 2005: “Amendment to the Convention on the Physical Protection of Nuclear Material”.

CAPÍTULO XXVIII

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade no poder judiciário

LUCIANA MARA CORREA GOMES¹

Universidade Estácio de Sá (Brasil)

Introdução

O direito processual tornou-se constante objeto de estudo, em especial, quando observado a partir da seara dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Seja por sua importância no ideal de paz social e bem estar do indivíduo que necessita obter do Estado uma decisão capaz de trazer para o seu problema uma acomodação social capaz de impedir a perpetuação da lesão a sua esfera de interesses, seja por fazer parte das atividades contratadas do Estado, o processo civil tem sido reconhecido como um modelo mínimo da atuação estatal. Seguindo este pensamento, o estudo do processo civil, por vezes, rompe a barreira da ciência processual, para unir-se a sociologia uma vez que através de uma leitura da organização do Poder Judiciário, irá compreender as suas práticas e as suas rotinas, onde vários agentes são envolvidos na solução do conflito que reflete em toda estrutura da sociedade, vezes com lastro maior, vezes com raio menor.

Neste desenvolvimento, devem-se considerar os três níveis de direitos fundamentais inerentes ao processo que trazem

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta e Faculdade Mercúrio.

debates à academia: o acesso à justiça; o acesso à prestação jurisdicional efetiva e o acesso à defesa. Em todos os níveis mencionados há interferência direta no processo, em especial na modalidade digital, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal 11.419 de 19 de dezembro de 2006, tomou como meta a redução de problemas estruturais, de recursos humanos, mas também é preciso lançar um olhar sobre um impasse que pode comprometer o bom funcionamento do acesso digital que é o aspecto cultural.

Com a reforma da legislação processual, a Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, consolidando as diretrizes da legislação especial, trouxe para a sociedade a prática de atos processuais por meio eletrônico, cujo objetivo é trazer celeridade ao processo, como meta de romper a morosidade do Poder Judiciário em entregar a prestação jurisdicional em consonância com a preleção constitucional de razoável duração do processo, que, em algumas situações, não se oferta o serviço efetivo e eficaz para o indivíduo por razões plúrimas.

Por seu turno, cumpre pontuar que a tutela de direitos não se dá exclusivamente no campo individualista, não só pelo fato de ser o processo civil uma norma de ordem pública, como também ter reflexos para além da relação de direito privado nas quais os indivíduos em colisão de interesses estão envolvidos. Uma das principais conquistas do século XXI, no campo da sociologia das organizações, é tornar o Poder Judiciário mais dinâmico, através da leitura dos resultados por ele apresentados, tomando como diretriz a estrutura do tribunal e os agentes sociais. Com a inserção do mundo digital em todos os eixos da sociedade civil, não seria forçoso concordar que o Poder Judiciário ao incorporar o processo eletrônico precisa criar projetos e programas destinados a facilitar o acesso de todos os envolvidos em demandas judiciais. Se por um lado, o Brasil, com suas dimensões continentais, tem um vasto território, o que implica dizer

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

diversidades estruturais, é necessário esclarecer que há múltiplas características, pendendo para cada unidade federativa com sua estrutura regional. Por esta razão, a pesquisa delimita seu conteúdo temporal, a partir da vigência do Código de Processo Civil, em 16 de março de 2016, para analisar as políticas implementadas para o acesso digital e a realização dos atos processuais por meio eletrônico.

Como a legislação processual é una, restando a cargo da União Federal, em competência privativa atribuída pela Constituição Federal, legislar sobre a matéria, deve-se pensar um paradigma aplicável em toda a extensão territorial, considerando os aspectos regionais e culturais da população, para a implantação do processo eletrônico e a prática dos atos processuais. Contudo, ante as dificuldades apresentadas pelos tribunais de justiça, o problema que leva a reflexão é exatamente a efetividade desta prática, uma vez que o sistema ainda não comporta a igualdade de tratamento a todos os indivíduos e apontando falhas na implantação do referido sistema.

Desta forma, pretende-se analisar a utilização do sistema para a prática dos atos processuais por meio eletrônico pelos tribunais de justiça. Cabendo, especificamente, observar a proteção ao princípio da igualdade aos indivíduos; observar o processo eletrônico e a eventual celeridade aos processos judiciais; estudar a preservação do princípio da igualdade, através da realização de políticas públicas de inclusão digital e estudar a realidade brasileira, comparando com alguns casos já ocorridos em direito processual civil comparado, para compreender a possibilidade de ser um meio efetivo no caso brasileiro.

Uma das variáveis que será aplicada é a verificação da existência ou não de enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, com a finalidade de orientar os operadores do Direito na ausência de julgados e sumulas sobre a matéria, isto por que a legislação processual civil está em vigência há menos de

um ano, não sendo possível identificar o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre a matéria. Além disto, diagnosticar a existência de políticas públicas destinadas a promover a inclusão digital dos indivíduos e operadores do Direito para assumirem um processo civil informatizado, num país onde a maioria dos acessos a internet é feito pela população mais jovem.

Pauta este trabalho, o suporte nas obras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Leonardo Greco e Nelson Nery Junior para os conceitos necessários a observação do processo eletrônico que vem corroborar com Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery as variáveis do direito comparado para a estrutura da pesquisa, com a finalidade de verificar em Luiz Guilherme Marinoni a existência de estrutura do Poder Judiciário para a prática dos atos processuais por meio eletrônico, verificando ainda se viola o princípio da igualdade ao acesso à justiça, a prestação jurisdicional ou a defesa; ou ainda, ao exigir a prática preferencial deste meio, vem a causar para uma das partes desigualdade de armas, por condições culturais ou econômicas.

A pesquisa se opera na metodologia de pesquisa bibliográfica onde irá recorrer aos autores contemporâneos uma análise do direito processual civil, para esclarecer a possibilidade dos atos processuais poderem ser praticados por meio eletrônico e diagnosticar a sua funcionalidade para o campo judiciário. Ainda fazendo parte do trabalho, a pesquisa documental onde analisa casos onde a prática de atos processuais por meio eletrônico foi funcional e assegura a celeridade da demanda judicial tanto no âmbito do direito interno, quanto no âmbito do direito comparado.

2 ANALISANDO A IGUALDADE NOS ATOS PROCESSUAIS POR MEIO ELETRÔNICO

2.1 A igualdade das partes e a atividade jurisdicional

Dois pontos devem ser norteadores da análise da igualdade das partes no processo, o primeiro deve levar a considerado é que a legislação deve repelir distinções arbitrárias e o segundo paradigma deve estar amparado no fato de que as partes tenham oportunidades assimétricas ao longo do processo. No primeiro ponto está voltado para a utilização de critérios legítimos para distinção entre pessoas e situações no processo e quanto ao segundo é voltado às técnicas para promover a igualdade ao longo do processo.

Daí é capaz de a diretriz da codificação processual violar o princípio da paridade de armas e, para tanto, precisa-se estabelecer um conceito para identificá-la e emitir uma posição acerca da prática dos atos de modo eletrônico garantir a igualdade aos litigantes. Para fixar um posicionamento, recorrer a Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 105).

O direito à igualdade processual – formal e material – é o suporte do direito à paridade de armas no processo civil (*Waffengleichheit*, *parità delle armi*, *égalité des armes*). O processo só pode ser considerado justo e as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Vale dizer; se dispõem das mesmas armas, se dispõem de paridade de tratamento. Trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito à igualdade e à

paridade de tratamento. Como facilmente se percebe, a igualdade – e a paridade de tratamento e de armas nela implicada – constitui pressuposto para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para plena realização do direito ao contraditório (art. 7º, *in fine*, CPC).

Uma questão a ser levantada na prática de atos processuais preferencialmente por meio eletrônico é uma aparente e ostensiva violação ao princípio da igualdade. Não só como garantia constitucional, mas também como cláusula de tratado internacional que foi assumida pelo Brasil na sua ratificação. Explica-se: o Brasil ao assinar o Pacto de San José da Costa Rica e ratificá-lo em âmbito interno comprometeu-se a dar proteção igual da lei, a todas as pessoas, sem discriminação alguma, conforme redação do artigo 24 do mencionado tratado. Outro compromisso assumido em âmbito internacional pelo Brasil é garantir na esfera processual a razoável duração do processo, cuja preleção é assegurada no artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica, assinado na década de 60 e ratificado através do Decreto 678, de 06.11.1992 (GIGLIO JUNIOR, 2012, p 188).

Para estabelecer a conexão com a temática será importante enquadrar a expressão prazo razoável, é possível conceber que um dos pilares para a introdução do processo eletrônico no Brasil é compreender que o processo será mais útil se acolher o desenvolvimento de suas fases em um prazo razoável sem muitas dilatações e aplicar a concepção da expressão cunhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948 (GIGLIO JUNIOR, 2012, p 186). Desta forma, é suficiente fincar o marco da razoável duração do

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

processo para o desenvolvimento das fases processuais sem as barreiras burocráticas que dificultam a realização dos atos processuais dentro dos prazos entabulados pelo legislador na codificação processual civil.

Necessário trazer o posicionamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 171) que como direito fundamental a duração razoável do processo é um princípio que impõe um estado de coisas que deve ser promovido pelo Estado e não comuna consequências jurídicas ao seu não atendimento. Desta forma, para explicar a referida expressão deve-se ter em conta que ela representa o acesso livre à justiça, pois está conferindo maior presteza na resposta da Justiça ao pedido do necessitado, sem que haja a consumação de tempo desarrazoado para a prestação jurisdicional justa e sem dilações desnecessárias, reportado a redação do artigo 6º, parágrafo primeiro da Convenção Europeia para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 1950 (GIGLIO JUNIOR, 2012, p 187). Nesta linha de raciocínio, é imperioso compor a ideia acima deduzida com a posição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 167) que o processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo, o que significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o dever de desenhá-lo a partir do seu conteúdo. Em outras linhas, o processo civil é justo quando o legislador organiza o conteúdo da norma a fim de cumprir a Constituição e, por conseguinte, os direitos fundamentais aos quais o Brasil se comprometeu na esfera internacional.

A questão do processo eletrônico remonta a dificuldade do Estado entregar uma prestação jurisdicional célere, por diversas circunstâncias, uma delas, a barreira burocrática presente no campo judiciário, evidencia a sua dificuldade em desempenhar o serviço público com qualidade e para compensar, presta um acesso à justiça pela via digital. Não está no número de demandas

judiciais distribuídas o problema da morosidade do Poder Judiciário, mas sim em técnicas de administração e de gestão, problemática já exposta por Leonardo Greco (2015, p. 70).

(...) a imposição de filtros cada vez mais restritivos a esse acesso, para conter o crescimento da demanda num ritmo muitas vezes superior à capacidade de sua administração pela máquina judiciária. Se do lado de fora, eles vão buscar outros meios de solução de conflitos, que podem até ser meios à margem da lei, contrários à lei ou por ela ignorados, correndo o risco de voltar aos tempos primitivos, com o uso da força.

É pontual a posição de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2015, p.417) ao reconhecer a importância da informatização da atividade judiciária na sociedade hodierna, ressaltando que o Direito não pode e afastar das novidades trazidas pela modernidade, recorrendo das novas tecnologias em busca da melhor prestação jurisdicional. Devendo ainda levar em consideração que as transformações tecnológicas têm modificado com velocidade extrema, conduzindo a uma sociedade de massa, padronizada e globalizada, estes avanços tecnológicos contribuem para maior efetividade em um tempo menor. Por que razão não deveria o legislador resolver o problema dos processos que se perpetuam no Poder Judiciário, levando o meio virtual para o seu campo e inserir a dinâmica na sistemática processual, com o fim de ceifar os entraves formais e burocráticos que demandam tempo e tornam o processo lento.

Não levando a guisa de argumentação o grau de complexidade da disputa de interesses, muito menos a existência

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

ou não de norma a regulamentar o objeto do litígio, uma vez que não está nos objetivos desta pesquisa a análise deste aspecto das demandas judiciais, mas sim os procedimentos para a entrega da prestação jurisdicional de forma célere. É que, evidenciado por estatísticas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o volume de processos pendentes ultrapassa oito milhões (Anuário de Justiça, 2015, p.10).

Não sendo os atos processuais praticados dentro dos prazos fixados em lei, é possível concluir que a atividade jurisdicional, em alguma fase, foi falha, o que levou o legislador a ponderar que migrar as demandas judiciais do meio físico para o meio eletrônico, atrai a necessidade de alterar a estrutura do Poder Judiciário, uma vez que a lentidão traz consequências desastrosas para a sociedade, por este raciocínio Humberto Dalla (2015, p.421) expõe que a pretensão é promover mudanças em toda a estrutura processual e física do Judiciário em busca a efetivação do direito à Justiça. Importa trazer ao debate a questão da morosidade no julgamento da prestação jurisdicional por que reveste de incertezas, afeta a segurança jurídica e cria no indivíduo ao retardar a sentença definitiva além dos danos de origem material uma agonia e descrença no trabalho dos tribunais, posição pautada nas impressões de Giglio Junior (2012, p. 177).

Diante desta posição, é possível elucidar que a mazela não está no papel, muito menos no excesso de processos judiciais, poderá ser diagnosticado na engrenagem do Poder Judiciário, que mantém o quantitativo de recursos humanos aquém do necessário para a gestão e, na conjuntura atual, com o problema de recursos financeiros das unidades federativas, a dificuldade em se ampliar o número de servidores, uma provável esteira para caminhar a uma saída é o recurso aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Neste exato ponto é que se enquadra um dos pontos que levam a esta pesquisa, se de um lado há nos processos físicos a

lentidão capaz de contrariar o significado de justiça, quando se atribui ao exercício da prestação jurisdicional a execução por meio eletrônico também há dissenso por não suprir o processo eletrônico a todos os indivíduos. Recorrendo-se a proteção ao princípio da igualdade perante a lei como um dos pilares estruturantes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, afirmando que nenhuma diferença deva ser capaz de trazer privilégios ou ser fonte de perseguições (GOMES, MAZZOULI, 2010, p. 187).

Deve ainda levar em consideração que a prática eletrônica de atos processuais não pode importar em violação dos direitos fundamentais que compõem o direito ao processo justo (MARINNONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 246). Nesta linha de raciocínio, deve haver um limite entre o tempo que o Poder Judiciário demanda para entregar a prestação jurisdicional e a preservação ponderada da igualdade entre os litigantes, mas que não haja violação de quaisquer princípios sob pena de tornar falho o agir do Estado na solução de conflitos.

2.2 Inclusão digital e o processo eletrônico: barreiras estruturais e culturais

O trabalho recebe recorte para avaliar a necessidade de inserção digital da população, com o cuidado de que ao por em vigência uma norma que estabeleça o acesso à justiça por meio eletrônico, não haja o afastamento do indivíduo da prestação jurisdicional efetiva. Principalmente se este indivíduo não conseguir o acesso digital necessário ao pleno exercício da jurisdição, já que se o autor tem o direito de acesso à justiça, que deve ser o mais amplo possível, de outro, o réu tem o direito de se defender e de influir nas decisões do juiz (GRECO, 2015, p. 516). Imperiosa seria que o Estado adotasse políticas públicas destinadas à inclusão digital para que o excluído possa estar hábil a

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

execução dos parâmetros mínimos de acessibilidade, dinamizando o acesso de todos a modernização do Poder Judiciário.

O processo não pode se modernizar apenas nas leis ou nas atitudes dos seus operadores; é preciso materializar de forma física e palpável o seu desenvolvimento. No mundo globalizado e dinâmico, as novas tecnologias da informação são essenciais, por isso, o processo eletrônico veio com o objetivo de contribuir com o acesso de todos a uma ordem jurídica justa.

A informatização do Judiciário contribui de forma proficiente para que todas as ondas de desenvolvimento do acesso à Justiça se efetivem. A digitalização melhora a comunicação de atos em âmbito nacional e a defesa de interesses supraindividuais. A exemplo disso temos que há uma maior celeridade, na medida em que os atos de cartório deixam de tomar o tempo das varas; um menor valor das custas ou impostos uma vez que o processo eletrônico é mais barato e, principalmente, celeridade da resolução do conflito. (PINHO, 2015, p. 421-422).

Importante consideração a despeito da condição do excluído digitalmente é feita por Bruno Pires Malaquias (2003, p. 2), em especial no que tange a condição daquele que não domina o

acesso à rede mundial de computadores e está em situação de marginalizado nas demais esferas da vida social, condição impregnada do conceito de qualidade de vida, ante a possibilidade de acesso à informação.

Hoje, "navegar" é imprescindível, sobretudo, dominar as tecnologias de informação. Sem embargos, informação é poder. Diante de tais circunstâncias, o já estreito funil da exclusão ficou mais apertado. É de incontroverso saber que a Internet e o computador são ferramentas imprescindíveis para quem quer se inserir no mercado de trabalho. Isto porque, desde o balconista do supermercado até o dentista ou o advogado, a todos se impõe o uso da informática. Qualquer profissional precisa dominar as tecnologias de informação, seja ele quem for, esteja ele onde estiver. Hodiernamente, sem informação não há comunicação, o que resulta em exclusão, marginalização.

Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (NERY, 2012, p. 36) é possível afirmar que o acesso à tecnologia está vinculado não só a acumulação de capital humano do indivíduo como também a facilidade de uso das tecnologias, apontando ainda que entre a população mais idosa e a população mais jovem a distância é grande. É a este público que o legislador deve destinar alternativas ao acesso tecnológico ao processo, vez que é um valor numérico expressivo. A despeito da inclusão digital e o analfabetismo, William Lofy (2016, p.2) explicita por

analise a algumas estatísticas o patamar da população brasileira que é digitalmente excluída:

Falando em números, podemos citar algumas estatísticas para comprovar que grande parte da população brasileira é digitalmente excluída. Se não vejamos: 18,5 milhões de pessoas com mais de 16 anos, aproximadamente 10%, acessa a Internet de qualquer local – casa, trabalho ou escola. Quando focalizamos na questão renda, a exclusão fica mais explícita: 80% da população das classes A e B têm acesso à Internet. Já na classe C, este percentual cai para 23%, enquanto nas classes D e E, temos ínfimos 6%.

Um problema apontado por Leonardo Greco (2015, p. 315) a despeito da implantação do processo eletrônico guarda estreita relação com a possível desigualdade entre os operadores do Direito.

Sobre a implantação do processo eletrônico, cabem as ressalvas anteriormente realizadas no estudo das citações quanto à autenticidade dos documentos eletrônicos e quanto à possível elitização da advocacia, bem como, aqui mesmo no capítulo as intimações, sobre as incertezas criadas pela sua implantação nos diversos tribunais e pelas perplexidades trazidas pelo Código de 2015, com disposições

que introduzem algumas regras que complementam e modificam as da Lei n. 11.419 e muitas apresentam dificuldade de harmonização com o regime de intimações herdado do Código de 1973.

O temos é justificável, pois, no Estado do Rio de Janeiro, há estatísticas que atestam que possivelmente mais da metade de todos os processos existentes na justiça fluminense são patrocinados pela Defensoria Pública, que, até onde me é dado conhecer, não dispõe de equipamentos eletrônicos suficientes para atender a esse volume de demanda.

Distante dessa realidade, o Superior Tribunal de Justiça, a partir de 03 de março de 2008, publica seus atos judiciais e administrativos no Diário de Justiça Eletrônico (DJe), em substituição ao periódico impresso.

No seu sítio, o STJ orienta os interessados sobre esse novo meio de comunicação dos atos processuais (www.stj.jus.br).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro instituiu na justiça estadual o Diário de Justiça eletrônico por meio da Resolução n. 10/2008, do seu Órgão Especial, e o processo eletrônico atualmente é regulado na Resolução n. 16/2009.

Não se deve deixar de observar que na prática dos atos processuais não poderá impedir a participação efetiva das partes no processo nem deduzir quaisquer outras dinâmicas de acesso:

(...) os sistemas de automação processual devem respeitar a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, respeitadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 247).

É necessário avaliar se o Estado ao pensar em incluir o processo eletrônico como preferencial no Brasil promoveu alguma convenção atitudinal no sentido de capacitar os usuários do serviço – prestação jurisdicional – aos métodos e procedimentos por ele preconizados, ainda que sob a forma de políticas públicas de acessibilidade. Oportuno se faz estabelecer o que se pretende delinear como política pública promovida pelo Estado para ampliar o acesso ao processo eletrônico, sendo importante a voz de Ana Paula de Barcellos (2007, p. 600).

A combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder

Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.

Nesta reflexão, deve ser considerado o projeto Fique Digital, capitaneado pela Ordem dos Advogados do Brasil e disponível na página da entidade na rede mundial de computadores (www.oabrj.org.br) com destinação ao treinamento, assessoramento de advogados, regularmente inscritos, para atribuir a capacitação profissional aos advogados, como política pública do conselho da categoria profissional. Não obstante o programa aqui apontado, deve-se levar a consideração que outros operadores estão envolvidos na estrutura do poder judiciário como as defensorias públicas e advogados que atuam de forma autônoma, assim como aqueles indivíduos que buscam isoladamente os juizados especiais cíveis em causas não superiores a vintes salários mínimos, hipótese que dispensa a atuação de advogados. Importante destacar a posição de Leonardo Greco (2015, p. 299-300) sobre a virtualização do processo que pode violar a igualdade de armas.

Essa virtualização do processo e a imposição de exigências custosas para que os advogados exerçam o patrocínio judicial terão o nefasto efeito da elitização da advocacia. A meu ver, apenas alguns grandes escritórios de advocacia, que estarão aparelhados tecnologicamente, poderão cumprir todos os requisitos exigidos pela lei e atuar com eficácia no processo eletrônico.

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

Assim, os demais advogados e escritórios de pequeno porte terão grande dificuldade de acesso ao conteúdo dos processos, que não existirão mais na forma de papel, não terão mais realidade física.

Desta forma, é possível posicionar-se no sentido de ser a população mais jovem e mais hábil no acesso à internet, todavia, como não há uma estatística no poder judiciário brasileiro indicando a distribuição por faixa etária, não há como prever se o manejo do processo eletrônico é excludente para os mais idosos. No entanto, é possível identificar que a partir da vigência do Código de Processo Civil – Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015 – a prática de atos processuais por meio eletrônico, por preferência, encontra algumas barreiras de natureza estrutural e cultural, como variável a celeridade processual que é pretendida com o processo eletrônico. Pode-se afirmar que o sucesso do processo judicial eletrônico está condicionado às políticas públicas implantadas para minimizar os efeitos sobre as classes econômicas menos favorecidas.

3 A REALIDADE PROCESSUAL BRASILEIRA COM A INSERÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS POR MEIO ELETRÔNICO

A Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe modificações para o processo civil brasileiro que almeja tornar as fases processuais mais céleres. O objetivo é fazer com que a prestação jurisdicional seja transcorrida num razoável prazo de duração, como proposto pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004, que promoveu a reforma do Judiciário. Com a regulamentação do processo eletrônico, através da Lei n. 11.419/2006, importante inovação foi inserida no direito

processual, com a meta de torná-lo mais célere e, assim sendo, mais efetivo com a informatização do processo e dos atos praticados. Importante é apontar que em alguns juízos não há mais processos físicos; em outros, processos físicos coexistem com processos eletrônicos e ainda existem juízos que tenham exclusivamente físicos, indicando que esta situação não é linear em todas as organizações judiciárias, indicando que se necessita avaliar a informatização do processo.

Para tanto, é necessário delinear o conceito de meio eletrônico estabelecido pelo legislador infraconstitucional indicados nos artigos 246 e 270 da codificação, a partir do que dispõe a Resolução CNJ n. 185/2013 como o ambiente de armazenamento ou tráfego de informações digitais. Diante desta definição, compreende-se que a transmissão eletrônica será toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (MEDINA, 2015, p. 389).

Deve-se compreender a metodologia do processo eletrônico no Brasil cuja autenticação dos documentos eletrônicos – Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) (GRECO, 2015, p. 109). Este sistema visa não só garantir a autenticidade, mas também a integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, em prol da segurança jurídica, uma vez que em se tratando do Brasil, não há muita confiança nos sistemas de comunicação, visualizando que erros no envio de petições poderão gerar problema ao acesso à justiça, repassando para os órgãos do Poder Judiciário a adoção de medidas a evitar problemas técnicos no sistema de tramitação do processo.

Um problema que deve ser considerado é a acessibilidade digital no Brasil, país de inúmeras desigualdades culturais e com tribunais que são desprovidos da estrutura capaz de conferir aos usuários e profissionais envolvidos nos serviços da prestação jurisdicional os instrumentos hábeis para uma tramitação

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

eletrônica plena. Marcelo Abelha (2016, p. 356) tece relevantes observações a despeito da informatização do processo e dos atos praticados que endossam a posição anteriormente assumida.

Milita em desfavor da aplicabilidade e da operatividade dessa informatização a abissal diferente entre as unidades da Federação no tocante ao acesso aos meios eletrônicos da era digital. Em tempos de acesso á justiça, é imprescindível que o mecanismo proposto seja realmente acessível a todos e não traduza apenas a realidade de algumas unidades da Federação. De qualquer forma, crítica à parte – não são poucas -, essa lei permitiu a informatização de todos os processos judiciais (civis – inclusive juizados especiais -, penais e trabalhistas), e, em especial, a transmissão das peças processuais e a comunicação de atos (citação, intimação etc. – artigo 1º e seu §1º), até mesmo quando a Fazenda Pública for litigante (§6º do artigo 5º, artigo 6º e artigo 9º).

Deve-se, portanto, destacar que os atos de comunicação processual têm a função de que algo se operacionalizou no processo e os interessados deverão adotar alguma posição, é através desta medida que o princípio do contraditório ao participarem do processo, influenciando na movimentação processual e no seu desfecho. Neste aspecto, são divididos em múltiplos efeitos, sendo que devem estar protegidos para que não se tenha a necessidade de repetição. Quanto à citação por

endereço eletrônico é ponderável vislumbrar a adequação que os tribunais deverão promover a fim de evitar atos que deverão ser repetidos futuramente. Nery Junior e Nery dão ênfase aos crimes de informática que são perpetrados, ensejando um combate aos falsificadores e assegurar que as mensagens sejam recebidas e tenha o Poder Judiciário a comprovação do seu envio, não bastando ser uma simples mensagem eletrônica.

É preciso que a mensagem tenha mecanismos de confirmação do recebimento que não dependam de ato do destinatário, pois, do contrário, há o risco de o réu/executado manipular a confirmação de recebimento como melhor lhe aprouver. Sendo assim, aténs de obrigar determinadas pessoas jurídicas a manter endereço de e-mail específico para citações e intimações, o legislador deveria levar em conta esses fatores, subordinando a eficácia da norma à regulamentação precisa da questão. (2016, p.860).

Inserir na codificação os meios de transmissão de cartas, citações e intimações eletrônicas já era uma posição esperada do legislador, tendo em vista a realidade digital do mundo hodierno, não só por ser adequado, como também por ser discrepante da realidade, onde até mesmo revoluções são organizadas pelas redes sociais (ABELHA, 2016, p. 351). Todo o zelo deve-se em face da utilização de outros meios de citação e intimação quando por motivo técnico for inviável o uso de meio eletrônico o que corresponde a uma preocupação do legislador não apenas no sentido de não haver acúmulo de papéis mas também as hipóteses de não ser o endereço eletrônico uma via de acesso de todos os

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

brasileiros, além das probabilidades de caixas de entrada cheias, encerramento de conta não informado, falsificação de emails (NERY JUNIOR e NERY, 2016, p. 860).

Ademais, não é excessivo apontar que o endereço eletrônico deverá ser sempre atualizado pelas partes ou seus advogados, sendo aplicável tanto para citações quanto para intimações. Deve-se levar a contar que a citação por meio eletrônico necessita de um sistema unificado, posição que é capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça. Algumas considerações são formuladas por Cunha, Bochenek e Cambi (2016, p. 482-483) no que diz respeito ao desenvolvimento de tais técnicas.

Embora o Conselho Nacional de Justiça ainda trabalhe para a unificação e o aperfeiçoamento dos respectivos sistemas, o processo eletrônico já é uma realidade em vários ramos do Poder Judiciário e tem contribuído para a facilitação e a rapidez no desenrolar dos processos, porque conta com vantagem inegável que é a diminuição do tempo para a prática dos atos processuais. No Estado do Paraná, por exemplo, atualmente, todos os processos no âmbito do primeiro grau de jurisdição já se iniciam pelo sistema eletrônico do Projudi (Processo Judicial Digital). Trata-se de sistema de informática que reproduz todo o procedimento judicial em meio eletrônico, substituindo o registro dos atos processos realizados no papel por armazenamento e manipulação dos autos em meio digital.

Para o procedimento da prática de atos processuais por meio eletrônico, a legislação especial vislumbra a sua possibilidade para aqueles cadastrados na forma fixada no instrumento normativo, dispensando a publicação no órgão oficial, inclusive o eletrônico, como prelecionado no artigo 5º da Lei n. 11.419/2006. Medina (2015, p.401-402) identifica esse acesso pela parte como auto-intimação, que pressupõe a adesão das partes e dos advogados, com a realização da consulta eletrônica do teor da intimação ou em dez a contar do seu envio.

A previsão do legislador ao estabelecer uma ordem de preferência em relação ao modo de realizar a intimação perpassa pela eficiência do ato com a redução de tempo, além do viés financeiro, o que torna o meio eletrônico prioritário para o Código de Processo Civil (ABELHA, 2016, p. 360). O que traz recorte mais importante é que com a prática dos atos por meio eletrônico, como preconizado pelos artigos 246, inciso V e 270 da Lei n. 13.105, haverá redução nos custos seja para os tribunais seja para os envolvidos no processo, posição referendada por Cunha, Bochenek e Cambi (2016, p. 483).

Dentro desse contexto, nada mais salutar do que o novo Código de Processo Civil prever a possibilidade da citação por meio eletrônico, que também contribui para o barateamento do custo processual e a agilidade da prática deste importante ato processual. A legislação a que faz referência o dispositivo, hoje, é a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial no Brasil, para a citação por meio eletrônico, da referida Lei, importam os arts 2º e 9º.

Em lição complementar, Leonardo Greco (2015, p. 314) já salientou que a implantação desses sistemas de intimação virtual seguiu, inicialmente, o da justiça federal, contudo, quanto à celeridade tem variado de uma para outra organização judiciária, por meio de estruturação de sistemas no âmbito dos diversos tribunais, aos quais têm acesso juízes, serventuários e advogados por meio de senhas de identificação e presumível autenticação dos atos que praticam (2015, p. 110).

A citação, como ato pelo qual se aperfeiçoa a relação processual, é de vital importância para instaurar o indispensável contraditório no processo (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 538), impele a implantação de sistema adequado para viabilizar os atos processuais por meios eletrônicos pelos órgãos do Poder Judiciário.

Ao tratar da citação por meio eletrônico, chama a razão Humberto Theodoro Junior (2015, p. 553) ao sinalizar que não são quaisquer citandos que poderão receber a citação por esta modalidade, mas apenas aqueles que anteriormente já se achem cadastrado no Poder Judiciário, para esse tipo de comunicação processual, posto que o seu traço marcante é o sistema de autocomunicação, onde o destinatário é considerado citado no momento em que acessa o sítio eletrônico do tribunal e nele toma conhecimento da demanda, Leonardo Greco (2015, p. 298) faz algumas ponderações a respeito da dinâmica a ser desenvolvida para hipótese.

Qualquer pessoa que queira passar a ser citada por meio eletrônico – evitando, assim, diante do número muito elevado de processos, que, por exemplo, os seus representantes ou procuradores sejam frequentemente molestados por oficiais de justiça, vem com possíveis extravios

de cartas registradas pelo correio -, deve cadastrar-se previamente no portal do tribunal.

Para evitar esse cadastro, o tribunal exigirá dos usuários uma identificação eletrônica, a fim de ficar sabendo sempre quando um deles acessar o portal. Era uma utopia pensar que aqueles que são procurados pela justiça passariam a buscá-lo voluntariamente, para fazer parte de ações movidas em seu desfavor.

Além disso, o processo eletrônico, que será desencadeado com a citação, exigirá equipamentos de informática com grande capacidade e, conseqüentemente, de custo elevado, tanto pelos tribunais quanto pelos usuários, assim como sistemas operacionais e programas que compatibilizem as informações dos diversos órgãos para que os processos possam transitar eletronicamente por todos os órgãos jurisdicionais, dos diversos graus de jurisdição.

Assim, pode-se programar duas vertentes para o processo eletrônico, a primeira diz respeito à ausência de igualdade de armas para as partes e para os envolvidos no desenvolvimento da demanda. A segunda, celeridade que é pressuposto do processo eletrônico, uma vez que os demandados devem ter consigo o princípio da colaboração, vindo a cooperar através da

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

autocomunicação, fato que não será uma realidade no judiciário brasileiro.

Um ponto que merece consideração é estabelecer a distinção dos atos processuais praticados, posto que a intimação, estampada no artigo 269 do código de processo civil, é o método pelo qual há ciência dos atos e os termos do processo a quem deve tomar conhecimento. Sendo a redação do artigo 270 destinada a prestigiar o meio eletrônico, uma vez que a direção para a qual caminha o processo é a informatização. Ponderado é o comentário de Cunha, Bochenek e Cambi (2016, p. 502), a despeito das práticas da intimação eletrônica, como via de comunicação do ato processual, situação regulamentada pela Lei n. 11.419/2006.

Ao tratar da informatização do processo judicial, a Lei 11.419/2006 criou regras para duas formas de comunicação do ato processual. Prevista no seu art. 4º, a primeira delas estabelece a comunicação pelo Diário da Justiça Eletrônico, a ser crido pelos tribunais e disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, em como comunicações em geral. Essa publicação eletrônica substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal. Considera-se como data da publicação o primeiro dirá útil seguinte ao da disponibilização da

informação. Além disso, os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação. Prevista no seu art. 5º, a segunda forma de intimação é feita no próprio âmbito do processo judicial eletrônico, em nome do advogado cadastrado no sistema eletrônico utilizado pelo tribunal. Nesse caso, considera-se realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização. Caso a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada realizada no primeiro dia útil seguinte. Essa consulta deve ser feita em até dez dias contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo. As intimações feitas dessa forma, inclusive da Fazenda Pública, consideram-se pessoais.

Para a facilitação dessas intimações por meio eletrônico, que são consideradas pessoais, o parágrafo único do dispositivo estabelece que o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública devem se cadastrar nos respectivos sistemas de autos eletrônicos exatamente como estabelece

a disposição contida no art. 246, §1º, do novo Código de Processo Civil.

José Miguel Garcia Medina (2015, p.400) nos ressalta que a codificação francesa² possui disposição similar, assim o Código de Processo Civil espanhol³, o que seria cabível sempre que possível no direito pátrio. Salientando o autor que nada impede que aqueles que não se sujeitam ao cadastro, a exemplo das microempresas e empresas de pequeno porte, possam realizá-lo facultativamente, habilitando o amplo acesso ao interior teor da petição inicial e à integra dos autos (2016, p. 423).

Para complementar o alcance e funcionalidade da citação por meio eletrônico, reporta-se o trabalho ao comentário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 790) no que tange a autorização pela High Court da Inglaterra e do País de Gales para citação do réu pelo Facebook, em uma ação cível por se tratar de réu de difícil localização. Não obstante a regra processual autoriza além da citação pessoal e postal, aquela por meios eletrônicos e por qualquer outro método autorizado pela Corte. Reporta ainda que no ano de 2006, a High Court autorizou

² “Les envois, remises et notifications des actes de procedure, des pièces, avis, actissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre, sans préjudice des dispositions spéciales imposant l’usage de CE mode de communication” (art. 748-1).

³ “Cuando las Oficinas judiciales y las artes o los destinatários de los actos de comunicación dispusieren de médios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de outra clase semejante, que permitan el envío y la recepción íntegras y del momento em que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos médios, com el resguardo acreditativo de su recepción que proceda”. (Ley 1/200, art. 162)

a citação por via do Twitter, tendo em vista que o réu era conhecido apenas por seu codinome virtual.

No Brasil, a regulamentação já se faz presente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que pela Resolução STJ n. 10 de 6 de outubro de 2015, publicada no Diário de Justiça da União Eletrônico (DJUE) de 07 de outubro de 2015, regula questões sobre o funcionamento do sistema e-STJ, credenciamento, transmissão eletrônica de dados, peticionamento eletrônico, consultas de autos e intimações (NERY JUNIOR, NERY, 2016, p. 881).

Diante do que aqui é exposto, deve ponderar que ainda existem falhas estruturais a serem cumpridas para que o processo eletrônico seja um método de entrega da prestação jurisdicional mais célere. Muito embora a legislação preconize a instalação em todos os tribunais de diários de justiça eletrônico, considera-se que não haja varas exclusivamente eletrônicas, bem como a provável redução do tempo com a prática de atos processuais, não seja capaz de solucionar o entrave na outra ponta do processo, que é o número elevado de processos em cada uma das serventias.

É louvável a atitude do legislador, contudo, como acima exposto, ainda necessita revestir o Poder Judiciário de condições estruturais para a plenitude do processo eletrônico, além de inserir culturalmente o acesso digital a uma considerável camada da população que é usuária do serviço do Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, é distante da rede mundial de computadores.

Conclusão

O direito processual não está isolado na ciência do direito havendo estreita comunicação com a sociologia, em especial a sociologia das organizações, onde o campo judiciário exerce suas peculiaridades e merece a atenção da academia por ser o desaguador dos conflitos sociais. Como também por guardar estreitos laços com o direito constitucional recebe influência direta dos Direitos

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

Humanos, uma vez que a vida digna que a pessoa humana almeja é aquela onde o Estado execute suas programações e atenda as necessidades individuais e coletivas.

No que tange ao Brasil, a Constituição de 1988 inseriu na senda dos direitos fundamentais itens destinados ao processo como meio de garantir uma prestação jurisdicional eficaz e que possa saciar a fome e sede de justiça daquele que tem seu direito em rota de colisão ou ameaça, tanto o é que a duração razoável do processo foi transmutada de diversos tratados internacionais para a esfera constitucional com o fim de tornar o resultado prático pretendido pelo indivíduo que recorre ao Poder Judiciário tangível.

Com todas as modificações sociais ocorridas nas últimas décadas, em especial, a partir de 1980, a sociedade encontra-se massificada e estruturada a comandos repetitivos, inovadores e cada vez mais sob influência de novas tecnologias, refletido também no Poder Judiciário que passou a receber um volume maior de demandas para serem solucionadas. Nesta estrutura, o acesso à Justiça restou prejudicado com a morosidade na tramitação dos processos, por existirem estruturas frágeis diante da acessibilidade e da operosidade, vez que o resultado da lide diante do volume exacerbado de demandas tem sua utilidade e sua proporcionalidade prejudicadas.

Para desembaraçar esta conflituosidade, identificou-se através de pesquisas que um dos pilares da morosidade está da extrapolação dos prazos legais para os atos de comunicação processual, o que compromete a entrega da prestação jurisdicional, por vezes, havendo a repetição destes atos. Aponta-se aqui para mazelas de ordem estrutural, pois a cada ato o processo físico se torna mais volumoso e o desperdício de tempo com processamento, despacho e publicações, bem como as de ordem humana, ao consumir dos recursos humanos a disponibilidade para a realização de outros atos.

O legislador introduziu a Lei de Informatização do Judiciário e dez anos depois o Código de Processo Civil tornou a prática dos atos processuais preferencialmente por meio eletrônico, mas sem atentar para duas celeumas: a falta de acessibilidade da população ao meio virtual e o limitado sistema de informatização dos tribunais.

A falta de acessibilidade da população ao meio virtual indica que no Brasil a população está aprendendo a navegar na rede mundial de computadores, mas ainda não atingiu patamares de alfabetização digital que o permita manusear os sistemas de processo judicial eletrônico dos tribunais. Esta condição poderá ser suprimida com a realização de políticas públicas não só para os operadores do Direito, mas também a população, sem que viole o princípio da paridade de armas e da igualdade formal e material. A doutrina tem indicado que neste aspecto caminha a passos lentos e que a mudança na estrutura processual e física do Judiciário deve ser acompanhada do acesso de todos a uma ordem jurídica justa.

A precariedade dos sistemas de comunicação gera um ônus para o Poder Judiciário, pois a execução dos atos processuais de forma eletrônica pode ser prejudicada por problemas técnicos e que influenciam na sua tramitação. Estas mazelas são de ordem de segurança como também de transmissão de dados, assim como a autenticidade e preservação dos documentos para garantir o amplo acesso à jurisdição.

Desta forma, toda cautela deve ser tomada no sentido de não afastar as partes e os operadores do Direito da informatização dos processos para que não haja a implantação da desigualdade, uma vez que os sistemas dos tribunais de justiça não habilitam a qualquer um “navegar” com facilidade. Não é repetitivo frisar que não basta a mudança na legislação, é preciso estabelecer uma cultura massificada para o acesso virtual já que a extensão territorial do Brasil conduz a multiculturalidade e situações regionalizadas para cada uma das organizações judiciárias. O

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

processo judicial eletrônico, através do desempenho de todos os agentes sociais envolvidos na estrutura, será uma porta para a entrega de prestação jurisdicional eficaz, eficiente e efetiva.

Referências

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito processual civil**. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ANUÁRIO DA JUSTIÇA. Rio de Janeiro: CONJUR, 2015
- BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 599-636.
- CUNHA, José Sebastião Fagundes. (coord.). BOCHENEK, Antonio Cesar. CAMBI, Eduardo. **Código de processo civil comentado**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.
- GIOLO JUNIOR, Cildo. **Morosidade da justiça: a responsabilidade patrimonial do estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2012.
- GOMES, Luiz Flavio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Volume I. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- LOFY, William. **Inclusão digital VS analfabetismo**. Disponível em <http://www.direitonet.com.br>. Acesso em 28 de fevereiro de 2016.
- MALAQUIAS, Bruno Pires. **O analfabetismo digital**. 2003. p. 1-2. Disponível em <http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=159>. Acesso em 26 de dezembro de 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- _____. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NERY, Marcelo Conti. (Coord.) **Mapa de Inclusão Digital**. Rio de Janeiro: FGV. CPS. 2012. Disponível em http://www.cps.fgv.br/cps/bd/mid2012/MID_texto_principal.pdf. acesso em 26 de dezembro de 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. Volume 1. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil,

Atos processuais por meio eletrônico: uma porta para celeridade

processo de conhecimento e procedimento comum. vol.
I. 56 a edição revista, atualizada e ampliada. Rio de
Janeiro: Forense, 2015.

A Resolução 1373 da ONU e a influência na normatização regional antiterrorista

PAULO AUGUSTO DE OLIVEIRA¹
LUNA TAINARA DOS SANTOS CORRÊA²
Universidade de Coimbra (Portugal)
Universidade Federal da Bahia (Brasil)

Introdução

A luta contra o terrorismo é, evidentemente, um dos maiores desafios do século XXI. A sociedade internacional vê-se, assim, diante da necessidade de criação de mecanismos eficientes para a proteção da segurança e paz dos Estados, e principalmente, da vida das pessoas.

Efetivamente, é papel do Estado proteger seus nacionais e aqueles que nele se encontram, todavia, o Direito Internacional e as Organizações internacionais possuem papel fundamental na luta contra os pensamentos extremistas e ações de terror.

Diante desse contexto, a ONU se apresenta no papel de protagonista, agindo, notadamente, por seu conselho de Segurança, por intermédio das suas resoluções de caráter legislativo vinculante. Tem-se, nesse cenário, a adoção da Resolução 1373, lançada logo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, com o mister de criar diretrizes, gerais e abstratas, acerca do combate ao terrorismo.

¹ Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito de Coimbra (FDUC), Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Coimbra (FDUC) e Professor da Faculdade Baiana de Direito e Gestão - BA/Brasil.

² Graduanda pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

É a par desse contexto fático e jurídico que está inserido o objeto de análise desse *paper*, o estudo da Resolução 1373 e análise da influência dos seus preceitos nas legislações de combate ao terrorismo, principalmente pelas organizações regionais de Estados, a europeia e a americana.

Nesse supedâneo, buscou-se, em um primeiro momento, uma análise, em termos gerais, da luta contra o terrorismo numa perspectiva global, de modo a explicitar os principais órgãos e instrumentos que visam auxiliar o combate à grupos extremistas e seu modo de atuação. Em sequência, um exame mais detalhado do comportamento da Organização das Nações Unidas frente às ameaças à paz e a segurança dos Estados.

Por fim, uma análise da Convenção Europeia contra o Terrorismo e da Convenção Interamericana para a Supressão do Terrorismo, principais documentos regionais no contexto ocidental, não esquecendo, em razão da pertinência temática, de voltar o olhar ao ordenamento jurídico brasileiro e a sua nova Lei Antiterrorista.

1. Contextualização temática

Tem-se, hodiernamente, uma ascensão cada vez maior de grupos radicais extremistas e, conseqüentemente, um constante estado de terror na sociedade contemporânea, o que impõe aos ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, a positivação de instrumentos e mecanismos mais eficazes na luta contra o terrorismo.

Diferentemente do que ocorre em contextos de guerra, a luta contra o terrorismo revela-se imprescindível, principalmente longe de campos de batalha. Afinal, os grupos intitutados de terroristas não surgem de maneira espontânea, mas de um longo processo de articulações e planejamentos que culminam nos atentados.

A luta contra o terrorismo é, assim, um dos maiores desafios do século XXI. Todavia, apesar de já existirem, antes dos acontecimentos ocorridos no dia 11 de setembro de 2001³,

³ Entre os anos de 1926 e 1935 a Associação Penal Internacional realizou uma série de conferências internacionais que tiveram a ameaça do terrorismo como uma de suas pautas. Na oportunidade, foi elaborado um esboço do que seria o

instrumentos que visavam sua prevenção e punição, o “11/09” é, efetivamente, o marco na história da luta contra o terrorismo.

Diante desse novo contexto de ameaça à segurança internacional, há o surgimento de órgãos internacionais especializados na luta contra o terrorismo que, aliados aos tratados e convenções, internacionais e regionais, visam a vincular os Estados à criação de medidas (instrumentos, mecanismos, legislações, dentre outros) de combate ao terrorismo, e legislações nacionais específicas adaptadas a cada realidade.

O fator mais emblemático desse contexto é a Resolução 1373, adotada pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, que se pretende ver exteriorizada suas diretrizes no âmbito do direito interno dos Estados membros da ONU.

2. Organização das Nações Unidas e o terrorismo

Dentre as principais atribuições da ONU estão a busca pela paz e segurança internacional, a promoção de direitos humanos e o desenvolvimento da boa relação entre seus Estados-membros. Destarte, no seu aparato jurídico e estrutura encontram-se importantes diretrizes, instrumentos e mecanismos destinados ao combate ao terrorismo. Nesse tópico, serão abordados àqueles que estão estreitamente ligados a efetivação desse mister.

2.1. Carta da ONU

A Carta da ONU traz, ainda que não de forma direta, certos preceitos que devem ser interpretados e utilizados no combate ao terrorismo.

No primeiro capítulo os propósitos das Nações Unidas e os princípios a serem seguidos para atingi-los, no artigo 1º, por

crime de terrorismo, criminalizando, à época, atos direcionados a Chefes de Estados ou membros de um dos três Poderes em circunstâncias que causam terror à comunidade. Em 1970, por sua vez, adotou-se a primeira medida internacional de combate ao terrorismo, com a “Convenção de Haia Sobre Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves”. Após o período da Guerra Fria, o significado de manter a segurança e paz internacional ganhou um novo rumo e, com isso, a dicotomia capitalismo x comunismo deu lugar, no século XXI, à preocupação com as ideologias religiosas extremistas.

exemplo, estão as normas vinculantes por força costumeira: proibição de agressão e outras violações à paz, autodeterminação dos povos, respeito pelos direitos humanos e direitos iguais.

O terceiro capítulo, especificamente o artigo 7, apresenta os principais órgãos que compõem a ONU: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Social e Econômico, o Conselho de Direitos Humanos, a Corte Internacional de Justiça e o Secretariado⁴.

O sexto capítulo traz instruções aos Estados-membros quanto à resolução pacífica de conflitos através de negociação, mediação, conciliação, disputa judicial, dentre outras. Por ser uma norma costumeira, a resolução pacífica de conflitos se aplica à Estados não vinculados à ONU, entretanto, não se refere à conflitos puramente nacionais que não ameacem a paz internacional.

O nono capítulo é intitulado “Cooperação internacional econômica e social”. Nele, os Estados-membros reconhecem que, baseados em direitos iguais e autodeterminação dos povos, estabilidade e bem-estar são essenciais para estabelecer relações pacíficas e amigáveis entre nações. Para alcançar tal objetivo, prescreve o artigo 55 que é necessário promover:

- a. níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b. a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c. o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.

⁴ Não há o que se falar em hierarquia entre esses órgãos, especialmente após o que estabeleceu a CIJ em *second Advisory Opinion on admission of States to the UN*. Nesse caso, a Corte proclamou que o Conselho de Segurança não está subordinado à Assembleia Geral e que os dois são órgãos principais das Nações Unidas. *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Advisory Opinion) [1950] ICJ Rep 8.

2.2. O Conselho de Segurança da ONU

O Conselho de Segurança possui, efetivamente, grande parcela de poder e independência em sua atuação, podendo se valer, inclusive, de utilização da força.

A primeira resolução adotada pelo Conselho de Segurança a tratar de terrorismo internacional foi em 1989, na qual condenou qualquer ato que interferisse ilegalmente na segurança de voos civis e chamou todos os Membros a adotarem medidas de combate a esse tipo de ataque. Além, é claro, da Resolução 1373, objeto do presente estudo, que mudou o curso do combate ao terrorismo.

2.2.1. Capítulo VII da Carta da ONU

O sétimo capítulo da Carta da ONU dá ao Conselho de Segurança o direito de impor obrigações aos Estados, de maneira vinculante. Todas as resoluções criadas a partir do capítulo VII impõem que os Estados abracem as medidas apresentadas em suas legislações nacionais. Nos primeiros 45 anos de existência, o Conselho de Segurança utilizou o caráter vinculante do Capítulo VII para a resolução de situação de ameaça apenas em duas ocasiões: impondo sanções econômicas contra o regime racista minoritário na Rodésia do Sul, em 1966⁵ e sanções militares contra o regime de *apartheid* na África do Sul, em 1977⁶. Hoje, apesar de concentrado nas mãos de apenas 5 nações, já se reconhece a importância do poder legislativo do Conselho de Segurança. A atuação mais relevante das Nações Unidas sob os

⁵ A Resolução 216 condenou a declaração unilateral de independência do Império Britânico feita pela minoria racista na Rodésia do Sul e aconselhou Estados a não apoiarem tal declaração ou dar qualquer tipo de assistência ao grupo. [S/RES/216 \(1965\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216(1965)) Disponível em: [<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216\(1965\)>](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/216(1965)) Acesso em 6 Dez 2016.

⁶ A Resolução 418 impôs um embargo obrigatório à África do Sul e foi revogada em 1994, com a ocorrência de eleições democráticas no país. [S/RES/418 \(1977\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/418(1977)) Disponível em: [<http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/418\(1977\)>](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/418(1977)) Acesso em 6 Dez 2016.

poderes do Capítulo VI foi a ISAF - Força Internacional de Assistência para Segurança (*International Security Assistance Force*), uma missão de segurança no Afeganistão liderada pela OTAN, que atuou de 2001 até 2014^{7,8}.

2.3. Assembleia Geral

Presente no Capítulo IV da Carta da ONU, a Assembleia Geral tem como objetivo discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da Carta ou que se relacionam com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e poderá fazer recomendações aos Membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança. Tal órgão tem papel importante na luta contra o terrorismo.

Conforme disposto no artigo 11 da Carta da ONU, a Assembleia poderá considerar os princípios gerais de cooperação na manutenção da paz e da segurança internacionais e poderá solicitar a atenção do Conselho de Segurança para situações que possam constituir ameaça à paz e à segurança internacional. No entanto, as discussões da Assembleia Geral têm caráter meramente opinativo, não estando os Estados-Membros vinculados a adotarem os conselhos externados.

A primeira resolução adotada pela Assembleia Geral tratando de terrorismo foi em 1985: “*Measures to Prevent International Terrorism which Endangers or Takes Innocent Human Lives or Jeopardizes Fundamental Freedoms, and Study of the Underlying Causes of Those Forms of Terrorism and Acts of Violence which Lie in Misery, Frustration, Grievance and Despair and which Cause Some People to Sacrifice Human Lives, Including Their Own, in an Attempt to Effect Radical Changes*”. A extensão do título é um indicativo do quanto a comunidade internacional encontrava dificuldade na discussão do tema, o que se estende até os dias presentes.

⁷ Todas as resoluções adotadas para regulamentação da missão a autorizam a utilizar quaisquer meios para atingir a sua finalidade, incluindo uso de força.

⁸ Ressalta-se, todavia, que antes de adotar qualquer medida o Conselho de Segurança deverá reconhecer a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão (Artigo 39). Há, entretanto, um alto grau de discricionariedade na identificação dessas situações, resultado da autonomia dada ao órgão

Esse problema parece ter sido solucionado em 1994, quando a Assembleia adotou a Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional, explicitando que atos terroristas são aqueles pretendidos ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em indivíduos para fins políticos são injustificáveis em qualquer circunstância, independentemente das considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer outra natureza que possam ser invocadas para justificá-los.

Em 2006, a Assembleia Geral adotou a Estratégia Global Contra o Terrorismo (*Global Counter-Terrorism Strategy*), que reúne esforços nacionais, regionais e globais no combate ao terrorismo. Essa resolução é pautada em 4 pilares principais: apontar as condições favoráveis à propagação do terrorismo; medidas de prevenção e combate ao terrorismo; medidas para proporcionar aos Estados condições de prevenir e combater o terrorismo e reforçar o papel das Nações Unidas nesse campo; e medidas para garantir o respeito aos direitos humanos para todos e o Direito como base fundamental na luta contra o terrorismo.

2.4. Tratados em matéria de Terrorismo

Os tratados e convenções internacionais, quando em força e ratificados, vinculam os Estados signatários a adotar as medidas ali expostas. Os instrumentos que se adressam ao terrorismo são uma realidade muito recente e ganham força e importância após o 11 de Setembro.

Em 1997 entrou em vigor a Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba. O propósito principal desse instrumento é focar a cooperação internacional contra condutas terroristas que se utilizam de bombas ou artefatos mortíferos, prática cada vez mais recorrente e de acesso facilitado pelos grupos. Para isso, a Convenção traz como objeto principal os atos direcionados ao uso de explosivos contra lugares públicos ou governamentais, com a intenção de causar mortes, feridos ou destruição que resulte em grande perda econômica. Por isso, observa-se que essa Convenção não se preocupa com os atos terroristas de maneira abstrata.

Em 1999, a Assembleia Geral elaborou a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, que se aventurou, pela primeira vez, em elaborar uma definição para terrorismo. O artigo 2(1)(b), ainda de maneira abstrata, se arriscou em dizer que terrorismo consiste em:

Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

Além da definição, a Convenção propõe medidas para obstar e neutralizar o financiamento de terroristas e organizações terroristas, seja ele direto ou indireto, mas intencionalmente.

Tem-se, ainda, a Convenção Internacional para a Repressão dos Atos de Terrorismo Nuclear de 1999. O uso de material radioativo em atos terroristas pode ter resultados excessivamente prejudiciais e colocar a segurança mundial em perigo. Com isso, a Convenção chama os Estados a implementarem suas leis e políticas nacionais a fim de prevenir e punir qualquer ataque com materiais de natureza nuclear.

Todos esses instrumentos têm, em comum, o combate aos meios mais comuns de propagação do terrorismo, mas não se utilizam de uma definição comum do termo.

3. A Resolução 1373

Antes dos atentados de 11 de setembro, o Conselho de Segurança já havia criado resoluções acerca do terrorismo de forma geral ou específica, como no caso de terrorismo patrocinado por Estados. Todavia, foi a partir de então que a Organização endereçou uma resolução que tinha por objetivo corresponder aos anseios globais por medidas de combate ao terrorismo, principalmente quanto às formas de prevenção. O foco preventivo do Conselho de Segurança segue o disposto no

art. 39 da Carta da ONU, como meio de manter a paz e segurança internacional.

No encontro do Conselho de Segurança número 4453, o Chefe do Comitê Antiterrorismo proclamou que a Resolução 1373 impunha obrigações vinculantes a todos os Estados-Membros. O que confirmou a tese de que a Resolução possuía caráter legislativo. O Conselho não mais se dirigia a determinados Estados, mas passava a vincular todos os Estados e exigir-lhes tomada de ações positivas para suprimir e combater a mais nova grande ameaça à segurança e paz internacionais. Com isso, aumentar-se-ia o nível de performance contra terrorismo por parte dos governos de forma global, o que significa melhorar a capacidade das operações legislativas e executivas das nações.

A Resolução é de importância indescritível e sem precedentes, pois nenhum instrumento do Direito Internacional havia sido, até então, tão incisivo e claro quanto aos meios a serem adotados a fim de suprimir atividades ligadas a grupos terroristas. O Conselho de Segurança da ONU ganhava, então, um papel de legislador protagonista no cenário do Direito global.

A Resolução 1373 estabelece como metas principais impedir o financiamento do terrorismo, criminalizar a coleta de fundos para este fim e congelar imediatamente os bens financeiros dos terroristas. O que, todavia, não tem sido uma tarefa simples para os Estados, pois a maior parte dos fundos utilizados por terroristas são obtidos em locais fora da jurisdição de países ameaçados, muitas vezes financiados por grandes fortunas. Outrossim, o terrorismo se relaciona, direta ou indiretamente, à outras ameaças globais, como o crime organizado e o tráfico de armas. Acabar com o financiamento do terrorismo é também bloquear os meios ilegais de aquisição de armas e o patrocínio a grupos que se organizam fora das células terroristas. Por essa razão, as Nações Unidas e o Conselho de Segurança devem manter o direcionamento à cooperação entre os Estados e as diversas Organizações.

A Resolução também exige que os Estados neguem asilo a indivíduos envolvidos em atividades terroristas, assegurem que atos terroristas sejam criminalizados e que indivíduos ligados aos atos sejam levados à justiça.

Ademais, fronteiras devem ser severamente controladas a fim de impedir a livre movimentação de terroristas, inclusive com medidas anti fraude de documentos.

Em relação a esse aspecto, salienta-se que os Estados Unidos já possuem uma forte política de controle de fronteira, tanto terrestre quanto aérea. Já a União Europeia tem enfrentado um grande problema relacionado à circulação de terroristas no território. Uma das políticas do bloco é a livre movimentação de pessoas entre os países, existindo pouco ou nenhum controle de fronteiras terrestres⁹.

Uma importante medida posta pelo Conselho de Segurança é a intensificação e aceleração das trocas de informações relacionadas ao terrorismo entre os Estados, assim como o incentivo à criação e ratificação de documentos bilaterais e multilaterais. Essa medida pressupõe uma cooperação entre os Estados, condição fundamental para efetivar os esforços no âmbito nacional.

A Resolução cita como exemplo de documento multilateral a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo que, como já mencionado, mantém seu foco nos meios de repressão e prevenção da captação de fundos por grupos e agentes terroristas. Um grande exemplo de documento em consonância com a Resolução foi o documento que o Grupo do Rio, em 1992, (predecessor da Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos) elaborou pouco tempo depois, condenando qualquer ato de terrorismo e explicitando a intenção dos Estados em ratificar os documentos elaborados pela ONU. O texto falha, entretanto, em dar notabilidade à importância de se ter uma cooperação no sentido de Estados mais bem estruturados prestarem apoio àqueles países que não tem condições socioeconômicas de cumprir com a Resolução, principalmente nas áreas de treinamento e tecnologia.

A Resolução 1373 possui duas outras falhas que dificultam a implementação das suas medidas pelos Estados.

⁹ Ressalta-se que após o último atentado terrorista ocorrido em Berlim realizado por um imigrante residente na Itália em dezembro de 2016, cresceu a discussão sobre a manutenção da política de fronteiras na UE.

Enquanto o texto clama que os Estados “criminalizem o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios (...) para praticar atos terroristas”, não há, por sua vez, definições do que a “fundos” ou “atos terroristas”.

3.1. Comitê Antiterrorismo

A Resolução 1373 estabeleceu a criação do Comitê antiterrorismo, composto pelos 15 membros do Conselho de Segurança, com o objetivo de supervisionar a aplicação dela e de outras resoluções pelos Estados-Membros da ONU.

A atribuição do órgão dá-se em 12 áreas distintas: gerenciamento de fronteiras, combate à violência extremista, terroristas estrangeiros, direitos humanos, tecnologia da informação e comunicação, aplicação da lei, legislação, foco regional, pesquisa, papel da mulher no combate ao terrorismo e violência extremista e financiamento do terrorismo.

3.2. As resoluções do Conselho de Segurança como fonte do Direito Internacional

Além da Resolução 1373, podemos identificar outras três recentes resoluções do Conselho de Segurança de caráter legislativo: a Resolução 1540, que exige adaptações em legislações nacionais a fim de adotar medidas para evitar a proliferação de armas de destruição em massa; e as Resoluções 1422 e 1487, que preveem imunidade por 12 meses renováveis a pessoas envolvidas em operações de paz das Nações Unidas em países que não fazem parte do Tribunal Penal Internacional. Os dois instrumentos têm por meta preencher a falta que havia no Direito Internacional de normas sobre combate e prevenção ao terrorismo.

Contrariados com o alcance dessas Resoluções, alguns autores expressam que, ao editar resoluções de caráter legislativo, o Conselho de Segurança estaria agindo *ultra vires* (HAPPOLD, 2003), implicando que tais resoluções ultrapassam os poderes concedidos ao órgão. Um dos argumentos usados pelos defensores desse pensamento é que o grau de vinculação das resoluções contraria a ideia primária do Direito Internacional, que se baseia no consentimento dos Estados.

Opinião que, apesar de muito bem fundamentada, discordamos! As Resoluções 1373 e 1540 representam, em verdade, ações positivas e impositivas urgentes no combate às ameaças reais à segurança global. No Capítulo VII, ademais, não traz qualquer limitação quanto ao conteúdo ou propósito das resoluções. Destarte, limitar a vinculação das resoluções seria limitar a eficiência da atuação da ONU na manutenção da paz e da segurança mundial.

Entretanto, deve-se deixar claro que nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII (Art. 2(7)).

4. As medidas regionais antiterrorismo

O Conselho de Segurança possui uma preocupação também com aspectos de segurança regionais que podem incorrer em ameaças à paz mundial. Assim, torna-se imprescindível que organizações regionais se ajustem aos preceitos impostos pela Resolução 1373, de maneira a possibilitar uma sintonia entre os meios de luta contra o terrorismo.

A par disso, o estudo segue com uma análise comparativa entre os principais instrumentos regionais antiterrorismo e a Resolução 1373.

4.1. Convenção Europeia para a Prevenção do Terrorismo

O primeiro instrumento de combate ao terrorismo, de natureza vinculante aos países europeus, foi a Convenção Europeia para a Supressão do Terrorismo de 1977. Entretanto, até os atentados de 11 de Setembro não havia medidas concretas que tratassem sobre o terrorismo. O episódio, apesar de ter acontecido no continente americano, serviu de ponto de partida para a Europa começar a se preocupar com a elaboração de instrumentos mais incisivos.

Hoje, o principal foco europeu nos dias atuais é prevenir o terrorismo. Desse modo, o Conselho Europeu adotou a Convenção Europeia para a Prevenção do Terrorismo em 2005, com o objetivo de aumentar a efetividade de textos internacionais e o combate ao terrorismo na região. Essas palavras constam no resumo da Convenção, e por elas já se subentende que a Resolução 1373 é um dos textos internacionais citados e que deverá dar efetividade.

Logo no preâmbulo, o texto expressa a intenção se usar a Convenção para prevenir e combater o terrorismo nas suas formas de provocação pública, recrutamento e treinamento.

O Artigo 2 mostra uma preocupação do diploma regional europeu em relação aos direitos humanos, no sentido de “aprimorar os esforços na prevenção do terrorismo levando em conta os efeitos negativos a direitos humanos como o direito à vida”. Desse modo, a Convenção enfrenta o desafio de garantir a consistência e efetividade na implementação das medidas contidas no texto. Considerando a situação atual da Europa Ocidental, parte do continente se vê diante do balancear o desafio de combater e erradicar o terrorismo extremista islâmico com a crise migratória que parte de países africanos islâmicos em direção aos Estados europeus.

A Resolução 1373 faz ínfima menção aos direitos humanos apenas quando se refere à concessão de asilo e refúgio, não se preocupando com as violações que resultam das medidas contra terrorismo. Esse dispositivo está diretamente ligado ao Artigo 13, que prevê proteção, compensação e suporte para as vítimas de terrorismo. O Conselho de Segurança está de tal maneira focado nos agentes terroristas que não se atenta ao fato de que, uma vez que suas medidas falham na prevenção de ataques, cidadãos se tornam vítimas que não são citadas nos principais instrumentos internacionais.

Um outro contraponto entre os diplomas normativos antiterroristas refere-se que a preocupação da Resolução 1373 com os modos de impedir a arrecadação de fundo pelos terroristas. A Convenção Europeia traz, em seu artigo 3, a preocupação em tomar medidas não só no campo do Direito, mas também na educação, cultura, informação e mídia, sempre tendo

em mente o respeito aos direitos humanos. Isso mostra a preocupação que os Estados possuem em combater o terrorismo através de execução de leis, como também sabem que manter a população informada e educada também contribui para a erradicação do radicalismo terrorista. Para além, o mesmo artigo incentiva os Estados a promoverem a tolerância religiosa e diálogo entre diferentes culturas a fim de prevenir tensões e comportamentos radicais. Esse dispositivo pode parecer sem tanta importância a princípio, mas os acontecimentos recentes em território europeu mostram que na verdade ele representa um dos caminhos mais simples e eficazes de impedir atentados por parte de residentes.

Evidentemente, a intolerância religiosa e cultural faz emergir um sentimento de não pertencimento naqueles que não se encaixam no padrão estético e cultural de determinado lugar, sentimento esse que dá lugar à pensamentos extremistas e a busca por uma comunidade que lhes seja mais familiar, como aconteceu com alguns nascidos em solo europeu mas com origem islâmica, que se recrutaram ao Estado Islâmico. Ter cidadãos confiantes nos institutos e seguros de uma vida decente, o recrutamento pelos terroristas será enfraquecido, assim como perderá apoio da sociedade como um todo

Todavia, deve-se ressaltar que o Conselho Europeu falhou ao não elaborar uma definição própria para a aplicação da Convenção, ficando esta vinculada às definições que são dadas em outros instrumentos internacionais. Vale a ressalva que dentre os textos listados, não há um que se molde especificamente às necessidades europeias, uma vez que todos são de aplicação em contextos específicos, como a Convenção para Supressão do Financiamento do Terrorismo. Dessa forma, a Convenção Europeia segue a posição do Conselho de Segurança em se manter inerte quanto à elaboração de uma definição abstrata do termo “terrorismo”.

4.2. Convenção Interamericana contra o Terrorismo

A Convenção Interamericana contra o Terrorismo foi adotada pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2002 e entrou em vigor em Julho de

2003. Essa data é de grande importância, pois mostra que os Estados americanos se preocuparam em seguir rapidamente a recomendação da Resolução 1373 de criar documentos multilaterais que versassem sobre medidas antiterroristas.

O diploma regional, outrossim, tem por objetivo estreitar a cooperação regional na luta contra o terrorismo de diversas maneiras, entre elas: troca de informações, troca de experiência e treinamento, cooperação técnica e assistência legal mútua. Importante ressaltar a menção ao respeito a direitos humanos e fundamentais presente no artigo 15 da Convenção, assim como a garantia do respeito aos direitos e garantias presentes nas legislações nacionais. A convenção não se preocupa, entretanto, em discorrer sobre um conceito de terrorismo, se limitando a referir-se à instrumentos internacionais já existentes.

O texto da convenção não dedica grande espaço aos assuntos presentes na Resolução 1373, inclusive não o fazendo presente no rol de instrumentos internacionais aplicáveis. O primeiro parágrafo do artigo 4 elabora um conjunto de medidas contra o financiamento de terroristas, de maneira detalhada, inclusive determinando que os Estados criem uma unidade de inteligência financeira que seja o centro nacional para coleta, análise e divulgação de informações relevantes sobre lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Esse tipo de detalhamento da norma serve de incentivo à sua efetivação, uma vez que não comporta espaço para interpretação.

Uma das mais expressivas inovações trazidas pela Convenção é a assistência judiciária mútua, presente no artigo 9. De acordo com tal preceito, os Estados Partes prestar-se-ão mutuamente assistência judiciária com relação à prevenção, investigação e processo dos delitos e dos processos a eles relativos. Apesar de inovadora, essa norma deve ser observada com cautela de modo a evitar que países tentem interferir no Poder Judiciário de um outro país. O crime de terrorismo ainda não é um crime internacional e, por isso, seus agentes perpetradores devem ser julgados em tribunal nacional, de acordo com as leis nacionais, situação reforçada no Artigo 19 da Convenção, que proíbe o exercício de jurisdição de um Estado em outro.

4.3. Terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro

Ainda em relação ao âmbito regional americano, bem como pela pertinência temática que se evidencia, dedicamos uma pequena parte desse estudo para analisar a influência da Resolução 1373 do Conselho de Segurança no âmbito do direito interno brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro, já na Constituição Federal de 1988, faz menção ao crime de terrorismo em dois momentos, nos artigos 4º, VII e 5º, XLII. Entretanto, faltava no Brasil a tipificação desse ato e respectiva lei que regulamentasse a matéria. A Lei de Segurança Nacional, de 1983 (Lei nº 7.170), era a única norma a tratar do tema, já se revelava ultrapassada e não abarcava com a devida eficiência as necessidades da sociedade brasileira diante dos recentes episódios globais e da atenção que o país atrairia com a realização das Olimpíadas. Em razão disso, o Brasil estava sendo pressionado pela comunidade internacional a atualizar a sua legislação. O que foi (re)afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2014, quando aludiu que “tratando-se do delito de terrorismo, inexistiria, quanto a ele, no sistema de direito positivo nacional, a pertinente definição típica.”. O mesmo informativo faz alusão à ONU e aos seus instrumentos internacionais que regulamentam as práticas que devem ser consideradas pelos ordenamentos nacionais.

O resultado dessa cobrança foi a promulgação da Lei nº 13.260, publicada em março de 2016. De acordo com a referida lei, o ato de terrorismo está assim tipificado:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos,

conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Essa descrição está em consonância com a Resolução 1373¹⁰, incluindo no que tange à generalidade das definições. A expressão “terror social ou generalizado” dá margem para que aplicadores do Direito cometam excessos e arbitrariedades, o que pode gerar uma insegurança jurídica. De modo análogo, “paz pública” não recebe um conceito que auxilie na interpretação da norma.

O artigo 5º apresenta uma grande inovação, que aparece como uma “espécie” de desvio de percurso no Direito Penal

¹⁰ A Resolução 1373 foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 3.976. Quando o Direito Internacional se aplica todo ou em parte em algum sistema nacional, significa que existe uma norma dentro desse sistema que dá efeito à norma internacional (CRAWFORD, 2012). Portanto, essa forma de recepção é importante não só pelo reconhecimento do instrumento, mas principalmente porque através do Decreto o Estado brasileiro está vinculado constitucionalmente a seguir os preceitos expressos na Resolução.

brasileiro, uma vez que tipifica a ação de “realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”. Há a tipificação de crimes tentados no ordenamento jurídico brasileiro, mas esses crimes pressupõem a inicialização da execução, diferente do que ocorre na Lei Antiterrorista. Apesar da inovação, a criminalização de atos preparatórios está prescrita em quase todos os instrumentos internacionais e nacionais, uma vez que interceptar a preparação de um ataque é a forma mais eficiente de lutar contra o terrorismo.

O artigo 6 da Lei, por sua vez, dialoga de maneira mais específica com a Resolução 1373 e com a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo ao condenar e incentivar repressão à movimentação de recursos financeiros conectados a atos terroristas¹¹.

Ressalta-se, por outro lado, que o texto tipificado não traz na sua definição os atentados contra o Estado, suas instituições e pessoas jurídicas em geral. Em outras palavras, se ocorrer um atentado diretamente contra o Estado brasileiro ou um de seus órgãos com a finalidade de provocar terror, ele não será tipificado como um atentado terrorista. Atentamos também ao fato de que a Lei não traz procedimentos próprios; a investigação, processo e julgamento dos crimes previsto na Lei serão regulados pela Lei sobre o Crime Organizado¹².

Atentamos, também, ao fato do Brasil possui uma legislação específica que trata do terrorismo e não se mostra mais na retaguarda da normatização global acerca do tema.

¹¹ Art. 6º: Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei.

¹² BRASIL. Lei N° 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>.

Conclusão

Por muito tempo não houve, no Direito Internacional, um instrumento que representasse a frente de batalha da luta contra o terrorismo. Após os atentados de 11 de Setembro em Nova York, se mostrou urgente a criação de tal instrumento. A Resolução 1373 do Conselho de Segurança representa um marco na história do combate ao terrorismo e, a partir dela, novas medidas foram criadas e aperfeiçoadas tanto nacional quanto globalmente. Entretanto, conseguimos identificar dois grandes lapsos legislativos no seu texto: a falta de definição do que é terrorismo para as Nações Unidas e o pobre tratamento que é dado à proteção dos direitos humanos na luta contra o terrorismo. Hoje, com a rapidez de comunicação e a dificuldade de se monitorar os acontecimentos nos meios digitais, é preciso que as normas e as formas de aplicação dessas normas se adaptem à nova realidade.

Nesse desiderato, os documentos regionais possuem extrema importância na efetivação dos preceitos internacionais pelos Estados, principalmente no que concerne à cooperação internacional.

Por conseguinte, o Conselho de Segurança deve se adaptar às novas formas de proliferação do terrorismo, como a captação de seguidores extremistas de todas as partes do mundo através da Internet, crescente nos últimos 5 anos. No entanto, deve-se atentar sempre à garantia dos direitos humanos e aos valores de uma sociedade justa e protetora.

Os ataques recentes à Nice e Berlim em 2016 mostram que as células terroristas não hesitam em encontrar novas formas de espalhar terror no Ocidente e, por isso, as Organizações globais e regionais mencionadas neste trabalho devem se manter na vanguarda do Direito Internacional. Restam, ainda, muitos passos para se atingir um contexto em que as legislações são eficazes o suficiente para eliminar a ameaça global do terrorismo. Um dos caminhos mais eficazes é, efetivamente, a cooperação entre os Estados na troca de informações e implementação de medidas reconhecidas internacionalmente.

Referências Bibliográficas

- BIANCHI, Andrea (Ed.). *Enforcing international law norms against terrorism*. Bloomsbury Publishing (2004).
- BRASIL. Decreto nº 3976 de 18 de outubro de 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 2 Abr. 2016.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 5.639 de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm>. Acesso em 9 Dez 2016.
- BRASIL. Lei Antiterrorismo. Lei nº 13.260, de 16 de Março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm>. Acesso em 16 Mai. 2016.
- CANNIZZARO, Enzo; ARSANJANI, Mahnoush H. *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford University Press, (2011).
- CASSESE, Antonio. *International Law*. 2 ed, Oxford University Press (2005).
- CEDE, Franz; SUCHARIPA-BEHRMANN, Lilly (Ed.). *The United Nations: law and practice*. Martinus Nijhoff Publishers (2001).
- CONVENÇÃO DE HAIA, sobre repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves, assinada em 16.12.1970 e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 71 de 28.09.1971 e promulgada pelo Decreto nº. 70.201 de 24.02.1972.
- CRAWFORD, James. *Brownlie's Principle of Public International Law*. Oxford University Press (2012)
- DA SILVA, Neylor Pacheco; REZENDE, Anna Cathleen Moreira. *Há eficácia da Lei Antiterrorismo* Disponível em: <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simpo>

[sio/arquivos_up/documentos/artigos/3353119922002e8037b14050c4bbb071.pdf](https://www.unhcr.org/refugees/files/3353119922002e8037b14050c4bbb071.pdf)> Acesso em: 5 Dez 2016.

- DE WET, Erika. *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*. Studies in International Law, Vol 3 (2004)
- DONOHUE, Laura K. *Global Anti-Terrorism Law and Policy*. Cambridge University Press (2005)
- DOSWALD-BECK, Louise. *Human rights in times of conflict and terrorism*. OUP Oxford, (2011).
- FRANCE. Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism. 2005.
- Global Anti-Terrorism Law and Policy. Edited by: Victor V. Ramraj, Michael Hor, Kent Roach, George Williams. *Second edition*. Cambridge University Press (2012)
- HAPPOLD, Matthew. *Security Council resolution 1373 and the constitution of the United Nations*. Leiden Journal of International Law, v. 16, n. 03, p. 593-610 (2003)
- Informativo nº 722, HC nº 124682. Da 2ª Turma do STF, no julgamento, PPE 730/DF em 16 de dezembro de 2014. Relator: Ministro Celso de Mello.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)* [1962] ICJ Report
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, [1971] ICJ. Rep
- International Law*. Fourth Edition. Edited by: Malcolm D Evans. Oxford University Press (2014)
- LIPPMAN, Matthew. *New Terrorism and International Law*, The. Tulsa J. Comp. & Int'l L., v. 10 (2002).
- JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim's International Law*. Volume 1, Peace (1995).
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, (2006).
- MALONE, David. *The UN Security Council: from the Cold War to the 21st century*. Lynne Rienner Publishers (2004).

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, 6ª edição. São Paulo. Editora RT, (2012)
- PAIVA, Luiz Eduardo Rocha. Lei nº 13.260/2016 (Lei antiterrorismo)-uma apreciação. *Análise Estratégica*, n. 1, (2016).
- ROACH, Kent. *The 9/11 Effect: Comparative Counter-Terrorism*. Cambridge University Press (2011)
- ROSAND, Eric. *Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism*. *The American Journal of International Law* Vol. 97, No. 2 (2003)
- The Charter of the United Nations (3rd Edition): A Commentary, Volume I. Edited by: Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Georg Nolte, Andreas Paulus, Nikolai Wessendorf. Oxford (2012)
- THIRLWAY, Hugh. *The Sources of International Law*. Oxford Scholarly Authorities on International Law – OSAIL. (2014).
- WALTER, Christian. *Terrorism*. MPEPIL (2011).
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5th edition. Cambridge University Press (2003)
- WARD, Curtis A. *Building Capacity to Combat International Terrorism: The Role of the United Nations Security Council*. *Journal of Conflict and Security Law*. Vol 8, N 2. p. 289-305 (2003)

A mobilidade de trabalhadores dentro da União Europeia e do Brasil e seus efeitos na previdência complementar dos trabalhadores

FÁBIO AUGUSTO JUNQUEIRA DE CARVALHO¹
Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

1. Um olhar diferente acerca do problema da mobilidade de trabalhadores dentro da União Europeia e do Brasil e seus efeitos na previdência complementar dos trabalhadores

Um dos problemas que vem atormentando a União Europeia é a questão dos fluxos de trabalhadores entre os Estados-Membros, e o seu reflexo na previdência destes trabalhadores, seja as denominadas pensões obrigatórias ou as pensões complementares, que serão objeto do presente trabalho.

Joaquim Hirsch, em sua obra *Teoria Materialista do Estado*ⁱ (Hirsch, 2010), traz um olhar diferente daquele adotado pelo *establishment* mundial sobre a globalização e seus efeitos nas relações sociais. E essa nova perspectiva trazida por Hirsch pode contribuir para uma melhor compreensão da realidade hodierna e, assim, contribuir para a adoção de alternativas para alguns dos impasses atualmente existentes na previdência complementar.

Hirsch lança mão da teoria de regulaçãoⁱⁱ para explicar a “dinâmica da sociedade capitalista, suas crises e os processos de transformação ligados a elas”, demonstrando que é do feixe de relações sociais de força, das instituições, do contexto cultural e das orientações políticas, que se entenderá a sociedade capitalista e

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

o Estado, apoiados pelas duas principais variáveis *regime de acumulação* e *modo de regulação* (HIRSH, 2010, pag. 104 e seg.).

No campo das relações internacionais, a dominação/dependência também é resultado do binômio “modo de acumulação” e “modo de regulação”, o qual, por sua vez, é decorrente das relações entre países, sendo que, quando mais sólido, cerrado e relativamente independente for o contexto de acumulação e regulação nacional, mais exitoso ele será internacionalmente (HIRSH, 2010, pag. 125/126).

Estas relações internacionais e o modelo de capitalismo foram drasticamente alteradas após a crise iniciada no fim dos anos 60 e que teve seu auge em meados aos anos 70. Desta crise do capitalismo denominado fordistaⁱⁱⁱ, marcada pela adoção de políticas neoliberais e flexibilização das conquistas sociais e caracterizada pela “globalização”, podem ser identificados os seguintes modos de regulação pós-fordista:

- a) Nova estrutura de poder internacional – “Tríade”;
- b) Regulação da concorrência – sai a estatal-intervencionista e usa-se a penetração do capitalismo em amplas esferas sociais, mercantilização do conhecimento e da natureza;
- c) diferenciação espacial e internacionalização;
- d) Transformação e internacionalização do “Estado Ampliado” – PPP e redes estatal-privadas;
- e) Transformação do Estado e dos sistemas de Estados – embora não impliquem no fim do Estado. Ele continua sendo a instância que pode assegurar os processos de produção e valorização capitalista, agora com menos intervenção na circulação do dinheiro, mas necessário para dar garantia para o capital internacional.

Esta nova formatação do capitalismo é marcado por um Estado Competitivo Internacional, no qual os países lutam para atrair investimentos dos conglomerados multinacionais, que deixam de ter foco na conquista de um mercado local, buscando

conquistar o maior número de mercados. Para tanto, estas multinacionais podem escolher aonde produzir cada parte da sua mercadoria, sempre buscando a melhor relação entre os custos de remuneração, regras ambientais, qualificação dos profissionais e das relações políticas.

Resultado desta equação um enfraquecimento do poder de negociação dos sindicatos, pois agora os empregados devem, junto com o Estado, buscar atrair os investimentos. A luta agora deixa de ser por melhores condições salariais e sim pela instalação da fábrica em um determinado local para gerar empregos.

A época do capitalismo fordista, marcado por uma ação Estatal intervencionista e protecionista, com relevante atuação das empresas estatais, inclusive com características monopolistas acaba, e o Estado deixa de intervir na economia, privatizando suas empresas.

Hirsch (2010, pag. 167) demonstra o reflexo deste novo modelo de acumulação na previdência, inclusive a complementar:

“Não por último, a desmontagem dos sistemas estatais de seguridade e assistência sociais abrem novos campos para o capital – desde os fundos de pensão, passando pelas seguradoras até os serviços privados de assistência médica.”

Importante ressaltar que mesmo neste contexto da “globalização” e internacionalização do capital, o Estado-nacional continua a existir e possui uma margem de ação própria, ainda que altamente diferenciada. Ele continua sendo a instância que pode assegurar os processos de produção e valorização capitalista, agora com menos intervenção na circulação do dinheiro, mas necessário para dar garantia para o capital internacional.

Relação intensificada e ainda mais complexa entre Estado e sociedade civil, também conhecido como “Estado Ampliado”, já que neste novo modo de regulação ocorre uma maior interação entre os agentes, seja nas PPP, sistema de negociação estatais-privados, ou mesmo nas questões envolvendo meio ambiente. É

claro que os grandes conglomerados multinacionais estão atuando de forma relevante neste processo.

Todo este cenário é agravado por processos políticos decisórios políticos menos transparentes e responsabilidade política volátil. Nunca os partidos foram tão frágeis e sem ideologia, tornando-se o Poder Legislativo um mero homologador das decisões tomadas pelo “Estado Ampliado”. Hirsch (2010, pag.249) discorre sobre este tema:

“Deste modo, a aparelhagem democrática de cada Estado – partidos e parlamentos –, converte-se, mais e mais, em uma instância que ratifica decisões já tomadas, buscando implementá-las e legitimá-las perante os afetados por elas. Especialmente o deslocamento de processos de decisão para o nível internacional revela ser um meio antidemocrático elementar. Um exemplo disto é a União Europeia, que com os acordos de Maastricht sancionou princípios neoliberais e esvaziou os processos democráticos de formação da vontade popular.”

Detectar o que está ocorrendo e como as decisões acabam sendo tomadas é fundamental para entender o problema do reflexo do fluxos dos trabalhadores na previdência complementar e buscar propor soluções que sejam adequadas para proteger o interesse dos participantes dos regimes complementares de previdência.

O reflexo na previdência complementar dos fluxos de trabalhadores na União Europeia

A previdência complementar é reconhecida na União Europeia como um mercado a ser apoiado e incentivado pela legislação comunitária e dos seus Estados-Membros, seja pelas dificuldades cada vez maiores dos Estados pagarem as pensões

obrigatórias, situação esta agravada pelo contínuo aumento da expectativa de vida dos cidadãos, seja pela capacidade do segmento de atuar nas economias como um poderoso agente catalizador da atividade produtiva e do mercado financeiro.

Uma das contradições existente no modo de regulação pós-fordista é exatamente decorrente do fato que no âmbito da “financeirização” do processo de acumulação pós-fordista ocorre inevitavelmente um choque entre os cálculos financeiros de curto e longo prazo (HIRSCH, 2010, pag. 190). Isso porque as empresas buscam atualmente resultados imediatos, e privilegiam investimentos de curto prazo, diferentemente da atuação estatal, cujas políticas devem ser de longo prazo. Da mesma forma, os regimes de previdência complementares acabam por buscar investimentos cujo retorno é de longo prazo, enquanto o mercado financeiro comum sempre busca as aplicações de curto prazo e tem apetite por investimentos de natureza especulativa.

No Brasil, assim como ocorre com os direitos fundamentais e com os direitos abrigados pela seguridade social que apesar do discurso, acabam sendo relevados para segundo plano, e não são adotadas medidas efetivas para sua proteção, a percepção da importância da previdência complementar é bem inferior àquela verificada na União Europeia, assim como é quase inexistente a ação governamental na direção do crescimento e impulso deste mercado.

Um dos principais pontos que precisam ser tratados pela legislação é a questão da proteção dos direitos inerentes à relação de previdência complementar dos trabalhadores e assistidos em trânsito pela Comunidade Europeia e, para fins desde trabalho, também os trabalhadores do Brasil.

A necessidade de regulamentar e proteger estes direitos já estava prevista na Recomendação 92/442/CEE, de 27 de Julho de 1992, relativa à convergência dos objetivos e políticas de proteção social^{iv}, na qual o Conselho recomendou aos Estados-membros que “sempre que necessário, favoreçam o ajustamento das condições de obtenção dos direitos às pensões de reforma, designadamente às pensões complementares, para eliminar quaisquer obstáculos à mobilidade dos trabalhadores assalariados”.

A primeira norma que efetivamente tratou da proteção dos trabalhadores e assistidos do regime de previdência complementar foi a Diretiva n^o 98/49/CE^v do Conselho da União Europeia, de 29 de junho de 1998, relativa à salvaguarda dos direitos à pensão complementar dos trabalhadores assalariados e independentes que se deslocam no interior da Comunidade.

Por esta Diretiva ficou assegurado aos trabalhadores e beneficiários:

- 1) o direito de recebimento pelos beneficiários dos benefícios de pensão complementar, sem qualquer tributação pelo fato do pagamento ter origem em outro Estado-Membro;
- 2) a continuação do pagamento das contribuições para um regime complementar de pensão estabelecido num Estado-membro, quando o trabalhador inscrito em um regime de previdência complementar estiver destacado para trabalhar noutro Estado-membro.
- 3) quando um trabalhador estiver vinculado a um regime complementar de pensão num Estado-membro, e lá estiver efetuando aportes, este trabalhador destacado e, se for caso, o seu empregador, ficarão isentos da obrigação de pagar contribuições para um regime complementar de pensão noutro Estado-membro.

É claro que apesar de ter sido um avanço, nem todos os direitos dos trabalhadores e beneficiários referentes a um regime de previdência complementar receberam tratamento pela Diretiva n^o 98/49/CE, sendo tal situação objeto de consideração na Diretiva 2003/41/CE^{vi} do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que é relativa às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais.

Em três dos seus itens (6; 36 e 37) a Diretiva 2003/41/CE refere-se às operações de previdência complementar

que envolvem mais de um Estado-Membro e alerta para a necessidade de se “permitir que as instituições exerçam actividades transfronteiriças”, seja mediante a “possibilidade de prestarem os seus serviços noutros Estados-Membros e de poder aceitar a contribuição de empresas situadas noutros Estados-Membros e gerir planos de pensões com membros em mais do que um Estado-Membro”, bem como do “direito de uma instituição gerir, num Estado-Membro, um plano de pensões profissionais contratado noutro Estado-Membro”, sendo que tais medidas conduzirão “potencialmente a economias de escala significativas para estas instituições, melhorará a competitividade da indústria comunitária e facilitará a mobilidade da mão-de-obra.”

Percebeu-se que, mesmo tendo a Diretiva n° 98/49/CE tratado de pontos muito importantes para a os regimes de pensão complementar, estes regimes, bem como a forma com que as empresas e seus trabalhadores se relacionam, são muito mais complexos, com o agravante de que esta nova forma de se relacionar importa em uma constante circulação de pessoas e capitais, sendo a livre circulação de pessoas e capitais um dos valores mais caros à União Europeia.

Em 2010 foi publicado “Livro Verde: Regimes europeus de pensões adequados, sustentáveis e seguros”^{vii}, no qual a União Europeia registrava a sua preocupação com a questão das pensões, diante de um quadro de crise econômica, aumento contínuo da expectativa de vida e a dificuldade dos Estados-Membros arcarem com seus compromissos com a seguridade social.

Novamente a previdência complementar foi apontada como um instrumento para o auxílio deste problema, tendo sido feito o alerta da necessidade de ser aprimorada a legislação nas questões envolvendo a mobilidade dos trabalhadores para os regimes de pensão complementares, senão vejamos:

“Estes regulamentos estão limitados a regimes legais e profissionais de pensões em que os direitos têm por base a lei: as recentes reformas nacionais já mencionadas no presente documento **poderão assim exigir um**

alargamento dos regulamentos de coordenação e normas mínimas para melhorar o acesso dos trabalhadores móveis aos direitos a pensão complementar nos Estados-Membros e entre estes. Em 2005, a Comissão apresentou uma proposta de directiva destinada a estabelecer normas mínimas para a aquisição, conservação e transferibilidade dos direitos a pensão complementar. A mobilidade interior estava contemplada nessa proposta porque se afigurava impraticável uma distinção entre mobilidade interior e mobilidade exterior. A Comissão reviu essa proposta em 2007 no intuito de deixar de fora os aspectos ligados à transferibilidade aos quais algumas partes se opuseram por os considerarem tecnicamente difíceis de pôr em prática, potencialmente morosos e susceptíveis de abuso. Desse modo, a ênfase recai na aquisição de direitos de pensão em tempo útil e na sua manutenção subsequente. Contudo, ainda não foi possível alcançar a unanimidade necessária no Conselho para adoptar a directiva. **É urgente dar novo ímpeto à busca de uma solução para todos os trabalhadores móveis.** No mercado de trabalho actual, a enfrentar dificuldades acrescidas decorrentes da crise financeira e económica, as pessoas devem poder mudar facilmente de emprego ao longo da sua vida activa e os empregadores devem poder recrutar a pessoa certa com as competências

certas. A necessidade de acção torna-se ainda mais premente devido ao crescimento da importância das pensões por capitalização nas suas diversas formas, o que logo suscita a questão do âmbito de aplicação: por exemplo, deveriam os regimes de pensões por capitalização legais e obrigatórios ser contemplados pelas medidas da UE? Alguns Estados-Membros têm em funcionamento serviços de rastreio de pensões, que ajudam as pessoas a acompanhar os seus direitos a pensão de diferentes fontes no interior desse Estado-Membro. Dado a crescente mobilidade da mão-de-obra e o recurso mais frequente a um grupo mais largo de fontes públicas e privadas de rendimentos de reforma, um sistema de rastreio a nível da UE poderia ajudar os trabalhadores móveis a acompanhar a situação dos seus direitos a pensão.” (grifo nosso)

Dando sequência ao assunto de pensões, porém com um enfoque maior na previdência complementar, a Comissão Europeia, em 16 de fevereiro de 2012, tornou público o chamado "Livro Branco: uma estratégia para aposentadorias adequadas, seguras e viáveis", onde fez uma análise ampla dos regimes das pensões e complementares de pensões do continente e as ações a serem tomadas.

Acerca da questão da mobilidade dos trabalhadores e da manutenção dos seus direitos de pensão latentes, no Livro Branco a Comissão foi bem mais incisiva ao recomendar:

“33. Nota a heterogeneidade significativa dos regimes de pensões no

conjunto da UE, salientando embora a importância de que se reveste para os trabalhadores a possibilidade de mudar de posto de trabalho no interior dos respetivos Estados-Membros ou entre estes últimos; salienta a necessidade de garantir que os trabalhadores possam adquirir e manter os seus direitos de pensão profissional; concorda com a abordagem defendida pela Comissão de se concentrar na garantia da aquisição e manutenção dos direitos de pensão e **exorta os Estados-Membros a assegurarem que os direitos de pensão latentes dos trabalhadores móveis sejam tratados em consonância com os direitos dos beneficiários ativos do regime ou dos reformados**; nota o importante papel que a Comissão pode desempenhar na **supressão dos obstáculos à livre circulação, incluindo os que entram a mobilidade**; considera que, além das barreiras linguísticas e considerações familiares, a mobilidade no mercado de trabalho é prejudicada pelos longos prazos para atribuição de direitos e restrições de idade inaceitáveis, e insta os Estados-Membros a procederem a uma redução desses prazos e restrições; salienta que quaisquer medidas, tomadas por parte dos empregadores, que visem a mobilidade devem ser equilibradas, do ponto de vista da relação custo-eficácia, relativamente aos regimes complementares de pensões, e

devem ter em conta a natureza dos regimes de pensões;” (grifo nosso)

Neste sentido de proteção dos direitos latentes de pensão, recomenda que seja adotado o rastreamento de informações (itens 35 e 36) e a supressão de obstáculos fiscais e contratuais transfronteiras para investimentos em pensões, que ainda existem na União Europeia (itens 67 e 68).

Em artigo em se que analisa o projeto de reforma das pensões na União Europeia, Carvalho (2014, pgs 09 e 10)^{viii}, discorre sobre a aplicação das recomendações da Comissão, em especial do rastreamento de informações para os regimes complementares de pensão:

Ainda há que notar que uma maior **dependência dos regimes complementares de pensões poderá ter como consequência que as pessoas que vão viver para outro Estado-Membro percam uma parte significativa dos seus direitos de pensão**. Os seus direitos em matéria de segurança social são garantidos pela legislação da União Europeia (em especial o Regulamento (CE) n^o 883/2004, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social), mas os regimes privados ficam de fora do âmbito de aplicação desse regulamento. **Resulta assim importante adotar medidas que impeçam os regimes complementares de pensões de constituírem obstáculos à mobilidade profissional e à flexibilidade do mercado de trabalho**, que contribuem diretamente para o aumento do crescimento

econômico da UE, **sem que se verifique um impacto adverso sobre a prestação global das pensões complementares.**

Por outro lado, os cidadãos que trabalham noutro Estado-Membro precisam não apenas de preservar os seus direitos de pensão aí acumulados, mas também de saber com clareza quais são os seus direitos de pensão acumulados no âmbito de regimes de pensões legais e profissionais. **A solução aventada passa pela criação de serviços de rastreamento de pensões em toda a UE.** Seria assim possível demonstrar aos cidadãos as vantagens de trabalhar mais tempo e de constituir poupanças-reformas complementares, de modo a manter um rendimento adequado na reforma. Uma harmonização mínima das principais características dos serviços de rastreamento a nível nacional permitir-lhes-ia ficar interligados e formar uma rede europeia de serviços de rastreamento.

Procurando tratar com mais força estes entraves existentes nas operações transnacionais que ocorrem nos regimes complementares de pensão, o Parlamento Europeu e o Conselho editaram, em abril de 2014, a Diretiva 2015/50/UE^{ix}, que versa exatamente sobre “requisitos mínimos para uma maior mobilidade dos trabalhadores entre os Estados-Membros, mediante a melhoria da aquisição e manutenção dos direitos a pensão complementar”.

Este normativo tenta enfrentar todos os problemas ainda existentes com destaque para:

- a) definição de condições mínimas para aquisição de direitos;
- b) manutenção dos direitos latentes de pensão e/ou seus valores, não só para os trabalhadores, mas também para seus dependentes;
- c) assegurar que os membros ativos de um regime possam solicitar e obter informações acerca das eventuais consequências da cessação da relação laboral para os seus direitos à pensão complementar, bem como assegurar que os beneficiários obtenham informações sobre os direitos latentes de pensão e/ou seus valores;

Ainda que os Estados-Membros tenham até 21 de maio de 2018 para se adaptar à Diretiva 2015/50/EU, e que em seu corpo existe a previsão da manutenção das legislações internas, sempre que essas forem mais favoráveis aos participantes, percebe-se que a União Europeia está de fato no caminho de adotar um regramento uniforme para a previdência complementar no continente, como bem detectado por Barra^x (2016, pags 50-51):

Caminha a Recomendação no sentido de que em matéria de previdência complementar é necessário evoluir para um mercado único, estável de normas e regras, uma vez que hoje as legislações dos Países-membros possuem grandes disparidades, o que impede um melhor desenvolvimento destes sistemas de proteção do segundo pilar. A UE pode reforçar o seu quadro regulatório para apoiar regimes profissionais (fundos de pensão) no regime geral de aposentadorias dos Estados-membros e contribuir para a redução do custo das aposentadorias públicas. E não sem razão que a

Diretiva n° 2003/41 (*Institutions for Occupational Retirement Provision - IORP*) está em trâmite de revisão para facilitar as atividades *transfrontières* e modernizar o seu monitoramento, tendo em conta os diferentes tipos de instituições existentes nos Estados-membros².

É colocada, por fim, **a importância de se adotar medidas que impeçam que os regimes de previdência complementar sejam entraves na mobilidade profissional (livre circulação de pessoas) e na flexibilização do mercado de trabalho.** Para a Comissão, tanto a mobilidade profissional quanto certos aspectos da flexibilização do mercado de trabalho podem contribuir diretamente para o crescimento econômico da UE sem que os efeitos negativos recaiam sobre o sistema complementar

O reflexo na previdência complementar dos fluxos de trabalhadores no Brasil

No Brasil, a previdência complementar tem fundamento constitucional, e uma Lei Complementar que regulamenta os regimes de previdência complementar, além de contar com uma vasta legislação infralegal. Porém, um traço essencial que marca estes regimes é a contratualidade. Assim, os regulamentos dos planos de benefícios são livres para transacionarem o que melhor entenderem, desde que esteja em consonância com a legislação.

Como foi alertado, a Constituição Federal de 1988, a partir da alteração do artigo 202 pela Emenda Constitucional n° 20 de 1998, determinou que a regulamentação da previdência

2 Consultar a proposição de diretiva do Parlamento e do Conselho referente às atividades e à supervisão das instituições de realização de planos de pensões profissionais de 27 de março de 2014, Doc. COM (2014).

complementar fosse feita através de Lei Complementar. Em 2001 foi editada a Lei Complementar nº 109, que, em seu art. 14, estabelece que os regulamentos dos planos de benefícios deverão prever os institutos do benefício proporcional diferido (*vesting*), portabilidade, resgate e autopatrocínio (este somente para fundos de pensão), sempre que ocorrer a perda de vínculo entre o participante e seu patrocinador/instituidor. A instrumentalização desses institutos se deu com a Resolução CGPC nº 06/2003 para os fundos de pensão^{xi}.

Desta forma, o oferecimento dos institutos obrigatórios nos regulamentos dos planos de benefícios é um direito dos Participantes. Neste cenário, os regulamentos dos planos de benefícios, ao tratar dos institutos obrigatórios, somente poderão impor requisitos e condições que forem autorizados pela legislação.

Para fins deste artigo, o instituto legal que será analisado é o da portabilidade, já que ele versa sobre a transferência do direito acumulado pelo participante de um plano de benefícios para outro plano de benefícios.

Desde já é importante destacar que a legislação brasileira não traz nenhuma regra específica sobre a portabilidade de direitos/reserva para regimes de previdência localizados no exterior ou sobre o recebimento destes valores, devendo ser aplicado o princípio basilar do direito privado segundo o qual “tudo que não é proibido é permitido”.

Assim sendo é possível afirmar que em matéria de portabilidade no Brasil:

- a) A legislação brasileira não versa sobre as questões de mobilidade de pessoas entre seus direitos ou de valores entre entidades brasileiras e aquela localizadas em outros Países e trata apenas dos regimes complementares (abertas e fechadas);
- b) Poderão os regulamentos dos planos de benefícios versar sobre o tratamento a ser aplicável para o trabalhador em trânsito, devendo apenas atender a regra regulamentar e não diferenciar, na essência, o tratamento entre o

- trabalhador em trânsito e o participante que seja um trabalhador nacional;
- c) Inexiste qualquer vedação para que um grupo empresarial e o próprio trabalhador em trânsito efetuem as suas contribuições para uma entidade de previdência complementar localizada no território brasileiro, sendo apenas necessário que o empregador seja um patrocinador ou instituidor do plano de benefícios;
 - d) Inexiste qualquer vedação para que uma entidade de previdência complementar pague benefícios para um participante ou seu assistido que esteja localizado em outro país;
 - e) O tempo de vinculação do trabalhador em uma empresa fora do país pode contar como tempo de vinculação ao plano de benefícios.

Se por um lado a inexistência de regulamentação é positiva pois dá liberdade as partes ao criar as regras do plano de benefícios, por outro acaba por ser negativa, pois alguns pontos importantes deixam de ser tratados, tais como:

- a) O regime de tributação incidente sobre benefícios e resgate não diferencia o fato do participante ou beneficiário serem tributados no país de residência, ou seja, não há norma para evitar a bi-tributação;
- b) Não há previsão de tratamento para o direito acumulado que o trabalhador em trânsito possui em seu país de origem, podendo o regulamento do plano de benefícios estipular regras, desde que não sejam discriminatórias.
- c) Inexiste qualquer regra de rastreamento de informações entre as entidades de previdência localizadas fora do Brasil e suas similares no Brasil.

Conclusões sobre reflexo na previdência complementar dos fluxos de trabalhadores

A reflexões que Hirsch (2010) traz sobre o capitalismo pós-fordista, “globalização” e o novo “Estado ampliado”, podem não ser capazes de reverter o cenário atual, porém jogam novas luzes sobre o problema e permitem que se busquem soluções que pelo menos venham a privilegiar o incentivo aos sistemas de previdência complementar e, principalmente, a proteção aos interesses dos participantes (trabalhados e aposentados).

Ainda existem diversos pontos a ser aprimorados na legislação de previdência complementar na União Europeia, em especial na questão da mobilidade de seus trabalhadores, que a Diretiva 2015/50/EU tenta abordar, entretanto, a questão da manutenção dos direitos destes trabalhadores que trocam de países continua difícil de ser vencida.

A adoção de normas similares às adotadas pela legislação brasileira, para o instituto da portabilidade, pode servir de referencial. Para tanto, deverá valer a regra na qual o membro ativo do regime irá escolher em qual regime (Estado-Membro) irá desejar estar vinculado, desde que:

- a) Seja um Estado-Membro que ele tenha trabalhado e tenha participado como membro ativo de um regime; ou
- b) Seja o país no qual reside, ainda que na condição de beneficiário para fins de recebimento da pensão complementar.

Para que tal proposta seja aceita, necessária a adoção de alguns requisitos que estão direta ou indiretamente tratados na Diretiva 2015/50/EU, tais como:

- 1) Ausência completa de tributação na transferência de reservas/valores de um regime para outro regime;
- 2) Manutenção dos direitos adquiridos e dos direitos latentes de pensão auferidos pelo membro efetivo quando o mesmo se transfere para outro regime;

- 3) Apesar da manutenção dos direitos adquiridos e dos direitos latentes de pensão, deverão ser aplicados para fins do cálculo da pensão, o direito e a prática nacionais do regime receptor;
- 4) A tributação dos benefícios de pensão complementar será a do regime receptor que é aquele que fará o pagamento dos benefícios;
- 5) Acesso às informações pelos órgãos de fiscalização e regulamentação.

Neste cenário, a atuação dos órgãos das atividades de previdência complementar, para fins de supervisão e regulamentação é fundamental e o Estado precisa ser um agente ativo, não podendo ser tal atividade privatizada.

Outra questão importante é que devem ser privilegiados os regimes fechados de previdência complementar, os chamados fundos de pensão, que atuam sem finalidade lucrativa e estão desvinculados das instituições financeiras.

ⁱ HIRSCH, Joachim, *Teoria Materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010

ⁱⁱ Não confundir com regulamentação que está diretamente ligada a regulatório

ⁱⁱⁱ “O “fordismo” designa a configuração histórica do capitalismo, que desde o fim da II Guerra Mundial até os anos setenta, foi determinante para as condições globais sociais, econômicas e políticas – não apenas na parte capitalista do mundo.”(HIRSH, 2010, pag. 138)

^{iv}

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1992.245.01.0049.01.POR&toc=OJ:L:1992:245:TOC acesso em:06 de novembro de 2016

^v <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31998L0049> acesso em: 06 de novembro de 2016

vi <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32003L0041>
acesso em: 06 de novembro 2016

vii <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0365:FIN:PT:PDF>
acesso em 07 de novembro de 2016

viii Carvalho, Ana Sofia; et. all. A Reforma da Pensões na União Europeia; Revista Electrónica de Direito, fevereiro 2014 n°1; Porto 2014. Disponível em 06 de novembro de 2016 em: <http://www.cije.up.pt/content/reformadas-pens%C3%B5es-na-uni%C3%A3o-europeia>

ix <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0050> acesso em: 07 de novembro 2016

x Barra, Juliano Sarmiento. A Previdência Complementar na União Europeia: uma Introdução ao Direito Institucional da União Europeia e à Responsabilidade Administrativa dos Administradores de Entidades de Previdência Complementar e Fundos de Pensão; Revista Síntese de Direito Previdenciário n° 70 – Jan-Fev/2016 . São Paulo : Síntese, 2016

xi CGPC é o órgão Normativo dos Fundos de Pensão, atualmente se chama CNPC. Para as entidades abertas e seguradoras o órgão se chama SUPEP.

A transparência e publicidade das contas na administração pública brasileira

MAYKEL PONÇONI¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

INTRODUÇÃO

As grandes manifestações no Brasil contra o governo demonstraram a insatisfação da população com a gestão pública, que infelizmente tem uma tradição de más administrações. Observa-se também que nos últimos anos, o governo tem buscado transformações para tornar a gestão pública mais eficiente e transparente.

A Administração Pública² de acordo com o princípio da continuidade do Estado, necessita prever, organizar, coordenar e

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, doutora em Ciência Jurídicas e Sociais pela Universidade Museo Social Argentino, especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho - RJ, servidora efetiva na Unidade Setorial de Correição do Governo do Estado de Mato Grosso, atua como presidente de processo administrativo e presidente da Junta de Julgamento do Consema/MT, diretora de estudos jurídicos da Rede Internacional de Excelência Jurídica seção São Paulo, pesquisadora da Academics Stand Against Poverty (ASAP). E-mail: maykel.p@hotmail.com

² A expressão administração pública tem vários sentidos, no sentido subjetivo ou orgânico, aparece como sinônimo de organização administrativa, um sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que em nome da coletividade satisfazem as necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar; no sentido objetivo ou material, a administração pública é sinônimo de atividade administrativa e função administrativa e no sentido formal designa o modo próprio de atuação dos organismos público; nesse sentido o exercício do poder administrativo. (FONSECA, I. C. M. *Direito das Organização Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 25.)

controlar os atos da Administração, com base nos princípios constitucionais.

Cabe ao administrador público gerir os recursos do Estado, sem qualquer tipo de desvio ou uso inadequado. Deve também manter as condições que evidenciam a boa prática administrativa, e permitir por meio dos órgãos de fiscalização e controle interno, controle externo e social, a comprovação de que agiu de forma correta e eficiente.

A necessidade de transparência das contas dos entes públicos e seus órgãos componentes, nas administrações direta e indireta é obrigatória. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), estabelece de forma expressa que a Administração Pública brasileira deve prestar contas do uso dos recursos públicos e respeitar os princípios da publicidade, transparência entre outros princípios constitucionais.

Partindo desta premissa, surge o interesse em abordar o tema, pois nota-se que hoje, os inúmeros desafios na gestão pública, direcionam para a necessidade de buscar maneiras e soluções de gerir os recursos públicos e, simultaneamente, oferecer serviços de qualidade à sociedade.

Por isso, o gestor público não pode separar o controle interno de suas ações, e tem como resultado a proteção dos recursos públicos contra os erros, as fraudes, a corrupção, os desperdícios e qualquer irregularidade.

Constitui-se um tema de relevante importância social e de governança, que vem recebendo maior destaque em leis posteriores a promulgação da Constituição Federal de 1988, com destaque para o surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei n. 101/2000) e a Lei n. 9.755/98.

A pesquisa adotou uma abordagem qualitativa e quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória com revisão de literatura visando formar a base conceitual e legal para a abordagem do problema.

O estudo é estruturado em quatro seções, nas quais são discutidos o princípio constitucional da publicidade e prestação de contas, a transparência e gestão fiscal responsável, o controle interno como ferramenta de gestão pública, estratégias de

divulgação das contas públicas por meio digital e por fim as considerações finais.

Nota-se que a Constituição Federal de 1988 reforçou os poderes das instituições de controle interno, externo e social, tidos como defensoras da legalidade e probidade na gestão pública, o que desencadeou processo gradativo de modernização das estruturas organizacionais desses órgãos, tendo em vista melhor qualificá-los para suas atribuições constitucionais.³

Foi criada em 28 de maio de 2003, com a publicação da Lei nº 10.683, a Controladoria-Geral da União - CGU para além de atuar no controle de irregularidades e da corrupção, também participar do processo de monitoramento das políticas públicas, envolvendo-se na promoção do desempenho e eficiência das políticas.

Tais questões têm sido hoje, mais do que nunca, objeto de preocupação e a AGU tornou-se oficialmente, em maio de 2016, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTFC), por meio da Medida Provisória n. 726, editada pelo Presidente da República em exercício, Michel Temer. A mudança de nomenclatura do órgão, no entanto, não altera as suas funções.

Espera-se com essas discussões, verificar as funções e os entendimentos do princípio da transparência, derivado do princípio da publicidade, aplicados as contas públicas.

1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE E A PRESTAÇÃO DE CONTAS

O Estado, ente abstrato responsável pelo bem comum dos cidadãos que, delegaram tal responsabilidade, é materializado a partir da Administração Pública sob as orientações de governo num determinado território.

Neste sentido, a Administração Pública pode ser entendida como a criação de órgãos encarregados de exercer atribuições específicas de acordo com a estruturação das três

³ Conforme o artigo 70 da Constituição de 1988, o controle divide-se em externo e interno: o primeiro é efetuado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, e o segundo está a cargo do sistema de controle interno de cada poder.

esferas de governo (Estado Federal, a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios).⁴

Para que os objetivos do governo sejam alcançados e os serviços públicos garantidos de forma integral e legal, é necessário que a Administração Pública se atente aos princípios constitucionais, definidos no art. 37 da Constituição Federal: “[...] A administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.⁵

Detalhada em seu § 1º:

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Assim, revela a preocupação da assembleia constituinte em relação a compreensibilidade das informações publicadas, para o controle social.

Extrai-se do princípio da publicidade que, a população tem o direito de ter conhecimento dos atos praticados na administração pública, em todos os passos, para o exercício do poder democrático, no qual o controle social é indispensável.

Consta no artigo 70 da Constituição Federal de 1988, em seu paragrafo único, definição de quem tem a obrigação de prestar contas:

⁴ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Presidência da República. Casa Civil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2016.

qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

De forma complementar, o ordenamento jurídico brasileiro prevê várias normas que disciplinam a prestação de contas dos gestores públicos ao poder público e à comunidade em geral.

Quanto a discussão de qual órgão é competente para julgar as contas dos prefeitos, se a Câmara de Vereadores ou o Tribunal de Contas, em 10 de agosto de 2016 o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) por maioria de votos decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário 848826, que é exclusivamente da Câmara Municipal a competência para julgar as contas de governo e as contas de gestão dos prefeitos, cabendo ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo municipal, emitindo parecer prévio e opinativo, que somente poderá ser derrubado por decisão de 2/3 dos vereadores.

No julgamento do Recurso Extraordinário 729744, o Plenário decidiu, também por maioria de votos que, em caso de omissão da Câmara Municipal, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64/1990.⁶

Conforme expresso no voto do relator do recurso, quando se trata de contas do chefe do Poder Executivo, a

⁶ Este dispositivo, que teve sua redação dada pela Lei da Ficha Limpa, aponta como inelegíveis aqueles que “tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, para as eleições que se realizarem nos oito anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do artigo 71 da Constituição Federal”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322706>> Acesso em: 17 dez. 2016.

Constituição confere à Casa Legislativa, além do desempenho de suas funções institucionais legislativas, a função de controle e fiscalização de suas contas, em razão de sua condição de órgão de Poder, a qual se desenvolve por meio de um processo político-administrativo, cuja instrução se inicia na apreciação técnica do Tribunal de Contas.

Assim, no âmbito municipal, o controle externo das contas do prefeito também constitui uma das prerrogativas institucionais da Câmara de Vereadores, que o exercerá com o auxílio dos Tribunais de Contas do estado ou do município, onde houver.⁷

Por conseguinte, os entes públicos devem acatar o princípio da publicidade e prestar contas ao Poder Legislativo e à sociedade.

Caso não efetue a prestação de contas, é passível de multas e responder à ação civil de improbidade administrativa.

Esse aspecto é destacado no artigo 5, inciso XXXIII, da CF/88 nos seguintes termos:

todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Foram previstas exceções à obrigação de publicidade no inciso LX do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, expressos da seguinte forma: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Nesse caso, outros interesses públicos poderiam estar concretamente ofendidos.

⁷ Nos termos do artigo 71, inciso I, da Constituição Federal.

A transparência e publicidade das contas na administração

No texto do inciso XXXIII artigo 5 da CF/88, há uma disposição limitadora do direito à informação: "ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Tal exigência concede abertura para análise do conteúdo do direito à informação.

Destaca-se também a existência de outros princípios informativos em Direito Administrativo aplicáveis à Administração Pública, tais como: princípio da finalidade, continuidade, indisponibilidade, autotutela, igualdade, motivação, razoabilidade.⁸

Ainda, embora não expressos, salienta-se os princípios da "supremacia do interesse público sobre o privado" e da "indisponibilidade, pela Administração, desses interesses públicos", eis que o interesse público se sobressai enquanto principal traço do regime jurídico-administrativo.⁹

O princípio da publicidade, quando voltado à Administração Pública, é um dever de exigir, de maneira que esta torne público os seus atos, permitindo ao cidadão, inclusive obter o conhecimento claro do conteúdo dos dados.

No entanto, o texto constitucional ressalva o direito de sigilo, como já mencionado. Nasce então o conflito: o direito ao sigilo *versus* o direito à informação.

Nota-se que nessa situação não há propriamente um choque entre direitos, mas condição de exceção constitucionalmente definida.

2. A TRANSPARÊNCIA COMO PRINCÍPIO DA GESTÃO FISCAL RESPONSÁVEL

Conforme supramencionado, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a publicidade como um dos vários princípios da Administração Pública brasileira, visando alcançar a transparência

⁸ GASPARINI, D. *Ob. Cit.*

⁹ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

governamental, bem como a participação popular no Estado democrático.

Neste sentido, a Administração Pública deve prestar contas de forma transparente e compreensível.

A exigência de transparência recebeu um novo reforço no âmbito estatal brasileiro, a partir da publicação da Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

A qual possui um capítulo intitulado de “Transparência, Controle e Fiscalização” (artigos 48 a 59), e sua 1 seção versa sobre a Transparência da Gestão Fiscal.

Essa Lei trata a transparência na gestão fiscal como um princípio de gestão, que tem por finalidade entre outros aspectos, proporcionar ao cidadão o acesso a informações relativas às atividades financeiras do Estado e desencadear de forma clara e previamente estabelecida, os procedimentos necessários à divulgação dessas informações.¹⁰

A transparência, como princípio da gestão fiscal responsável, pressupõe a publicidade e a compreensibilidade das informações.

Importante enfatizar que o princípio da transparência é mais amplo que o da publicidade, porque a simples divulgação de dados sem tornar o conteúdo compreensível, utilizável para os cidadãos não pode ser considerado transparência.

Da mesma forma que a informação mesmo que compreensível, sem a necessária divulgação também não atende aos princípios constitucionais da Administração Pública.

O FASB (*Financial Accounting Standards Board*) expõe que a informação divulgada nos relatórios financeiros deve ser “compreensível para os que possuem um conhecimento razoável de negócios e atividades econômicas e estão dispostos a estudar a informação com diligência razoável”.¹¹

¹⁰ CRUZ, F. et al. *Lei de responsabilidade fiscal comentada: Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹¹ HENDRIKSEN, E. S.; VAN BREDÁ, M. F. *Teoria da contabilidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 515.

A transparência e publicidade das contas na administração

Assim sendo, as fontes supracitadas consideram que o usuário também é responsável pela compreensão da informação, e caso necessário, deve estar disposto a estudar o tema.

No entanto, o principal responsável pela compreensibilidade das informações é a entidade que as divulga.

Nesse contexto o termo “divulgação” tem o mesmo sentido de “evidenciação”:

a mais comumente utilizada dessas expressões é a divulgação adequada, mas isso pressupõe um volume mínimo de divulgação compatível com o objetivo negativo de evitar que as demonstrações sejam enganadoras. Divulgação justa e divulgação completa são conceitos mais positivos. A divulgação justa subentende um objetivo ético de tratamento equitativo de todos os leitores em potencial. Divulgação completa pressupõe a divulgação de toda informação relevante.¹²

Vale ressaltar no que tange à informação completa, que deve evitar o excesso de informações, pois é prejudicial ao entendimento. Já que informações sem importância podem ocultar as que realmente interessam aos usuários.

Não basta publicar as prestações de contas, é fundamental que seja compreensível para a sociedade.

Assim, a divulgação das contas públicas pressupõe que sejam fornecidas as informações confiáveis e relevantes aos interesses dos cidadãos, para auxiliar no processo decisório participativo.

Neste contexto, emerge a transparência como um meio para a sociedade tomar conhecimento das contas e ações governamentais. Dessa maneira, a normatização inseriu o

¹² HENDRIKSEN, E. S.; VAN BREDA, M. F. *Ob. Cit.*, p. 515.

princípio da transparência como condição essencial à gestão fiscal responsável.

3. CONTROLE INTERNO COMO FERRAMENTA DE GESTÃO PÚBLICA

Já abordado desde 1964, o controle interno como ferramenta de gestão pública, quando foi editada a Lei n. 4.320, que trata a respeito do Direito Orçamentário e Financeiro, abordou a abrangência e forma de atuação deste tipo de controle.

Atualmente, o sistema de controle interno público é regulamentado pela Constituição Federal de 1988, nos artigos 70 e 74, pela Lei Federal n. 4.320/1964, artigos, 75 a 80 e pela Lei Complementar n. 101/2000, artigo 59.

Este controle tem como principal objetivo atuar em todas as áreas e setores da organização, a fim de resguardar seus interesses, a confiabilidade e a precisão dos relatórios contábeis, financeiros e operacionais, o estímulo à eficiência operacional e a adesão às políticas existentes.

A palavra “controle” remonta ao ano de 1600, derivado do latim *contrarotulus*, que significava “cópia do registro de dados”, atualmente há vários conceitos sobre controle interno nas organizações. Migliavacca¹³ define como o planejamento organizacional e todos os métodos e procedimentos adotados, a fim de salvaguardar os ativos, verificar a adequação e o suporte dos dados contábeis, promover a eficiência operacional e encorajar a aderência às políticas definidas pela direção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Cidadão, em 1798 estabeleceu que “A sociedade tem direito de solicitar prestação de contas a cada agente público da sua administração”.

Mostra-se atual o entendimento da necessidade do controle, expresso por Montesquieu em 1748 quando publicou a obra *Do Espírito das Leis* que “todo aquele que tem o poder

¹³ MIGLIAVACCA, P. N. *Controle interno nas organizações*: um estudo abrangente dos princípios de controle interno: ferramentas para avaliação dos controles internos em sua organização. 2. ed. São Paulo: Edicta, 2004.

tende a abusar dele [...]. O poder vai até onde encontra limites. Só o poder controla o poder”,¹⁴

O Departamento do Tesouro Nacional, conceitua controle interno como:

O conjunto de atividades, planos, métodos e procedimentos interligados utilizado com vistas a assegurar que o objetivo dos órgãos e entidades da administração pública sejam alcançados, de forma confiável e concreta, evidenciando eventuais desvios ao longo da gestão, até a consecução dos objetivos fixados pelo Poder Público.¹⁵

O controle interno é o controle que o poder executivo e os outros órgãos administrativos dos demais poderes tem sobre suas próprias atividades, tem como intenção a legitimidade de seus atos, mantê-los dentro da lei, a defesa dos direitos dos administrados e a conduta adequada de seus agentes.¹⁶

São expressões sinônimas, o controle interno, os controles internos e sistema ou estrutura de controle(s) interno(s). Utilizadas para o processo composto pelas regras de estrutura organizacional e pelo conjunto de políticas e procedimentos adotados por uma organização. Tais estruturas tem o objetivo de vigiar, fiscalizar e verificar, que possibilita a prevenção, observação e gestão dos eventos que possam interferir na realização de seus objetivos.¹⁷

¹⁴ MONTESQUIEU, C. S. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 167-168.

¹⁵ Disponível em:

<http://www.unb.br/administracao/auditoria_interna/artigos/conceito_e_interpretacao_de_controle_interno> Acesso em 17 dez. 2016.

¹⁶ ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito Administrativo*, 11ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

¹⁷ Estudo tendo como designado o servidor Antonio Alves de Carvalho Neto, tem por objetivo subsidiar a discussão para elaboração de anteprojeto de proposta legislativa com a finalidade de estabelecer critérios gerais para controles internos na administração pública brasileira. (Tribunal de Contas da

As ações do Estado são pautadas por leis orçamentárias que direcionam os gastos do governo.

Por isso, a participação popular no processo orçamentário é de extrema relevância, já que o governo se utiliza desses instrumentos jurídicos para executar seus objetivos.

No que tange à esfera governamental, a corrupção pode ser vista como o mau uso do poder delegado ao agente público, que o usa em busca de uma vantagem indevida para si ou para outrem, esquecendo de resguardar o direito da coletividade.

Nesse contexto, a improbidade administrativa, os desperdícios, os desvios de investimentos, podem aumentar o descrédito e comprometer a eficiência do serviço público.

Vale ressaltar ainda que, a legislação brasileira, isso consoante o disposto no artigo 5º e seguintes da Lei nº 8.429/1992, prevê a possibilidade de reparar os danos, caso de fato se consumem, sendo responsáveis os agentes públicos ou pessoa física ou jurídica privada, respeitando os princípios constitucionais tais como, devido processo, contraditório e ampla defesa.

A atuação dos órgãos de controle tem um importante papel, tanto preventivamente, como também ao acompanhar a execução, a análise das prestações de contas e se necessário, quando comprovado o dano, viabilizar após devido procedimento o deparo dos danos e retorno ao erário os recursos inapropriadamente despendidos.

4. ESTRATÉGIAS DE DIVULGAÇÃO DAS CONTAS PÚBLICAS POR MEIO DIGITAL

Amplamente discutido na atualidade, os diferentes espaços e mecanismos para a participação da sociedade civil no controle da gestão pública. Em busca de aprofundar a democracia e introduzir os cidadãos nas discussões dos diversos problemas que surgem na sociedade, as possíveis soluções e a forma como tais soluções se traduzem em políticas públicas.

Ganhou destaque na chamada Constituição Cidadã (CF/88) os espaços participativos, como resultado de um período

de redemocratização. Ocorreram mudanças na participação social com as novas tecnologias de informação e comunicação.¹⁸

Posteriormente as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios, em todo o Brasil incorporaram vários preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o que desencadeou inovações.

Podem ser citados diversos espaços e mecanismos de participação social como, por exemplo, conselhos de políticas públicas, orçamentos participativos (OP), comissões de legislação participativa, conferências, audiências públicas, entre outros.

Os defensores da democracia participativa, sustentam que a sociedade civil adote um papel de ativismo político, e os mais radicais dentro da corrente defendem que a sociedade não se limite a apenas influenciar aqueles que estão no poder, mas que a sociedade deve também participar do processo de tomada de decisão junto ao Estado.¹⁹

Neste contexto, as novas tecnologias de informação e comunicação podem contribuir bastante, por permitir à população a participação nas discussões que, por motivos de tempo, espaço e recursos financeiros, não conseguem normalmente participar.

Dessa forma, aproxima os cidadãos ao processo de tomada de decisão.

O governo eletrônico, e-gov, e-democracia, e-participação, e-governança são diferentes denominações para uma série de iniciativas que envolvem o uso de tecnologias de informação e comunicação na relação entre Estado e cidadãos.²⁰

Destaca-se a importância da utilização de meio digital para a divulgação de dados e informações sobre as contas públicas, com a publicação da Lei n. 9755/98, a qual determinou ao Tribunal de Contas da União a criação de homepage na rede de computadores Internet, com o título "contas públicas".

¹⁸ MAIA, M., DINIZ, E. *O conceito de Esfera Pública Interconectada e o site Webcidadania no Brasil. Gestão & Regionalidade*, v. 29, p. 97-111, 2012.

¹⁹ DAGNINO, E. Civil society in Latin America. In: EDWARDS, M. (Ed.). *The Oxford handbook of civil society*. New York: Oxford University Press, p.122-133, 2011.

²⁰ PINHO, J. A. G. *Sociedade da informação, capitalismo e sociedade civil: reflexões sobre política, internet e democracia na realidade brasileira*, *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 1, p. 98-106, 2011.

Para divulgação dos dados e informações relacionadas aos montantes de cada um dos tributos arrecadados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, os recursos por eles recebidos, os valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio, que devem estar disponíveis na *homepage* até o último dia do segundo mês subsequente ao da arrecadação.

Também divulgar os relatórios resumidos da execução orçamentária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que devem estar disponíveis na *homepage* até sessenta dias após o encerramento de cada bimestre.

Além do balanço consolidado das contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas autarquias e outras entidades, bem como um quadro estruturalmente idêntico, baseado em dados orçamentários.

Estes devem estar disponível na *homepage* até o último dia do terceiro mês do segundo semestre do exercício imediato àquele a que se referir, e o quadro baseado nos orçamentos, até o último dia do primeiro mês do segundo semestre do próprio exercício.

Bem como deverão estar disponíveis na *homepage* até 31 de maio, e os balanços do exercício anterior, até 31 de julho de cada ano, os orçamentos do exercício da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e os respectivos balanços do exercício anterior.

Da mesma forma que os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos devem estar disponíveis na *homepage* até o quinto dia útil do segundo mês seguinte ao da assinatura do contrato ou de seu aditivo e as comunicações ratificadas pela autoridade superior até o trigésimo dia de sua ocorrência.

Até o último dia do segundo mês seguinte àquele a que se referirem é necessário publicar as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta.

O governo eletrônico consiste na utilização de novas tecnologias de informação e comunicação para prestação de serviços e informações para cidadãos.²¹

²¹ MENEZES, A. M. F; FONSECA, M. J. M. *Governo eletrônico: um novo caminho para a administração pública? Bahia Análise e Dados*, vol. 15, n. 2-3, p. 333-341, 2005.

A transparência e publicidade das contas na administração

Quando o tribunal executa as atribuições que lhe foram conferidas pela Lei n. 9.755/98, sobre a criação da Homepage Contas Públicas, seguindo as regras para a sua implementação e funcionamento, de acordo com a Instrução Normativa TCU nº 028/1999, não fiscaliza, não julga e não condena. Apenas presta um serviço à sociedade, atuando para coordenar e gerenciar as informações disponíveis nas três esferas de governo em uma única página da *Internet*.

No site do Tribunal de Contas da União é disponibilizado o acesso às informações públicas em cumprimento à Lei n. 12.527, sancionada pela Presidente da República em 18 de novembro de 2011. De forma a garantir ao cidadão brasileiro o acesso às informações públicas sob guarda do Estado, previsto na Constituição Federal.

A Lei n. 12.527 tornou possível uma maior participação popular e conseqüentemente facilita o controle social das ações governamentais. No TCU, a referida Lei foi regulamentada pela Resolução n. 249/2012.

O acesso à informação pública tem sido, cada vez mais, reconhecido como um direito. As informações sob a guarda do Estado são, usualmente públicas, por isso deve o acesso a elas ser restrito apenas em casos específicos.

Isso significa que a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pelo Estado em nome da sociedade é um bem público.

Deste modo o acesso a esses dados, documentos, arquivos, estatísticas é um dos fundamentos para a consolidar a democracia por meio do fortalecer a participação dos cidadãos de modo efetivo da tomada de decisões que os afetam.

O Brasil dispõe de um site “Governo Eletrônico” disponível em <https://www.governoeletronico.gov.br>, um portal que está sendo adaptado para o conteúdo da Estratégia do Governança Digital, visa contribuir para a promoção do acesso às informações, a melhoria dos serviços públicos digitais e a ampliação da participação social.

Através do governo-eletrônico, permite-se o acompanhamento dos governos locais pelos cidadãos e a

participação em processos decisórios, por intermédio de passos visíveis e transparentes.²²

Segundo a definição da Open Knowledge Foundation,²³ os dados são considerados abertos quando disponível o acesso e qualquer pessoa pode livremente usá-los, reutilizá-los e redistribuí-los, estando sujeito a, no máximo, a exigência de creditar a sua autoria e compartilhar pela mesma licença.

Os requisitos são geralmente satisfeitos pelas publicações dos dados em formato aberto e sob uma licença aberta. Devem estar disponíveis de forma conveniente, modificável e incluindo a mistura com outros conjuntos de dados.

Em 2009 o especialista canadense em políticas públicas e ativista dos dados abertos David Eaves²⁴ propôs as seguintes “leis” que regem os dados abertos governamentais e aceitas pela comunidade e pelo W3C²⁵:

1. Se o dado não pode ser encontrado e indexado na Web, ele não existe;

²² FUGINI, M. G; MAGGIOLINI, P; PAGAMICI, B. *Por que é difícil fazer o verdadeiro “governo eletrônico”*. Revista *Produção*, v. 15, n. 3, p. 300-309, 2005.

²³ A Open Knowledge International é uma rede mundial sem fins lucrativos de pessoas apaixonadas pela abertura, que usam advocacia, tecnologia e treinamento para desbloquear informações e permitir que as pessoas trabalhem com ela para criar e compartilhar conhecimento. Tem como missão: “ver sociedades iluminadas em todo o mundo, onde todos tenham acesso a informações essenciais e a capacidade de usá-lo para entender e moldar suas vidas; Onde instituições poderosas são compreensíveis e responsáveis; E onde informações vitais de pesquisa que podem nos ajudar a enfrentar desafios como pobreza e mudanças climáticas estão disponíveis para todos. Disponível em: <<https://okfn.org/opendata/>> Acesso em: 17 dez. 2016.

²⁴ É ativista do governo aberto e especialista em negociação, assessora vários governos sobre dados abertos e aconselha empresas e organizações sem fins lucrativos sobre estratégias e gestão comunitária. Ele é afiliado ao Centro Berkman para Internet e Sociedade na Universidade de Harvard, onde analisa questões relacionadas à política de dados, bem como a teoria da negociação pode ajudar a melhorar a gestão da comunidade on-line. Disponível em: <<https://eaves.ca/about-david/>> Acesso em: 17 dez. 2016.

²⁵ O World Wide Web Consortium (W3C) é uma comunidade internacional que desenvolve padrões abertos para garantir o crescimento a longo prazo da Web. Disponível em: <<https://www.w3.org>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

A transparência e publicidade das contas na administração

2. Se não estiver aberto e disponível em formato compreensível por máquina, ele não pode ser reaproveitado; e
3. Se algum dispositivo legal não permitir sua replicação, ele não é útil.

Em 2007, um grupo de trabalho do Open Government Data²⁶ reuniu-se na Califórnia, Estados Unidos da América, para definir os princípios dos Dados Abertos Governamentais. Chegaram num consenso sobre os seguintes 8 princípios:

1. Completos. Todos os dados públicos são disponibilizados. Dados são informações eletronicamente gravadas, incluindo, mas não se limitando a, documentos, bancos de dados, transcrições e gravações audiovisuais. Dados públicos são dados que não estão sujeitos a limitações válidas de privacidade, segurança ou controle de acesso, reguladas por estatutos.
2. Primários. Os dados são publicados na forma coletada na fonte, com a mais fina granularidade possível, e não de forma agregada ou transformada.
3. Atuais. Os dados são disponibilizados o quanto rapidamente seja necessário para preservar o seu valor.

²⁶ Em 7-8 de dezembro de 2007, trinta defensores do governo aberto reuniram-se em Sebastopol, Califórnia, e escreveram um conjunto de oito princípios de dados de governo aberto. Disponível em: <<https://opengovdata.org>> Acesso em: 17 dez. 2016.

4. Acessíveis. Os dados são disponibilizados para o público mais amplo possível e para os propósitos mais variados possíveis.
5. Processáveis por máquina. Os dados são razoavelmente estruturados para possibilitar o seu processamento automatizado.
6. Acesso não discriminatório. Os dados estão disponíveis a todos, sem que seja necessária identificação ou registro.
7. Formatos não proprietários. Os dados estão disponíveis em um formato sobre o qual nenhum ente tenha controle exclusivo.
8. Livres de licenças. Os dados não estão sujeitos a regulações de direitos autorais, marcas, patentes ou segredo industrial. Restrições razoáveis de privacidade, segurança e controle de acesso podem ser permitidas na forma regulada por estatutos.²⁷

Além de estabelecer os princípios, o grupo de trabalho afirmou que a conformidade com esses princípios precisa ser verificável e uma pessoa deve ser designada como contato responsável pelos dados.

O acesso as informações públicas sobre gastos do governo e processos administrativos, fortalecem a capacidade dos cidadãos nas discussões sobre políticas públicas, na fiscalização dos gastos e na atuação dos funcionários públicos.

²⁷ Disponível em: < <https://www.governoeletronico.gov.br/cixos-de-atuacao/cidadao/dados-abertos>> Acesso em: 17 dez. 2016.

A transparência e publicidade das contas na administração

Considerando que o cidadão é o ator principal de todas as nossas ações governamentais, as tecnologias de informação e comunicação podem ser utilizadas para divulgar o conhecimento sobre os instrumentos e políticas de governo.

Desta forma, melhorar a relação e o diálogo entre o cidadão e o governo, aumentar da transparência, o controle social das ações e a promoção da cidadania.

Portanto, as tecnologias de informação e comunicação são ferramentas, que podem auxiliar os governos a destinar de forma mais eficiente os recursos públicos com a participação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tratar-se de um tema que inspira tantos outros pela sua característica multidimensional e interdisciplinar, este estudo não tem a pretensão e nem condições de exaurir a discussão acerca do assunto.

Ratifica-se que o sistema de controle interno enquanto mecanismo de acompanhamento e avaliação de procedimentos administrativos nas diferentes esferas de governo, propicia benefícios à gestão pública.

Por meio do controle é possível gerenciar a legalidade dos atos e o cumprimento das políticas públicas, analisar as prestações de contas e o controle social.

Verifica-se que a função de controle interno da administração pública deve possuir a devida autonomia e impessoalidade em suas ações para realizar as atividades de forma isenta.

Entende-se que por intermédio do controle social, derivado do princípio democrático, instrumentalizado pelo acesso das informações transparentes e compreensíveis, coloca-se em prática o direito de o cidadão conhecer os atos da gestão pública e exercer a participação cidadã.

A Constituição Federal de 1988 estabelece normas que disciplinam a prestação de contas dos gestores públicos ao poder público e à sociedade de forma geral.

Percebe-se que os órgãos de controle são cada vez mais propulsores do aprimoramento da gestão pública. Isso porque, a

sociedade está mais consciente de seus direitos, e de forma crescente exigindo da Administração Pública resultados e transparências nas ações e na destinação dos recursos públicos.

No que diz respeito às parcerias entre Estado e organizações privadas, discute-se a necessidade de que as parcerias sejam embasadas na legislação. De forma que, a interação entre os entes estatais e os privados, visem o interesse público, com a devida prestação de contas das alocações dos recursos públicos, seguindo os princípios constitucionais em especial ao da transparência e eficiência.

Os princípios da publicidade e da transparência estão interligados, ambos fornecem algumas das condições essenciais para o exercício do controle social e da participação popular, como instrumentos de manutenção do Estado democrático.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito Administrativo*, 11ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Presidência da República. Casa Civil*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2016.
- BRASIL. Departamento de Tesouro Nacional. Instrução Normativa nº 16, de 20.12.91. Disponível em: http://www.unb.br/administracao/auditoria_interna/artigos/conceito_e_interpretacao_de_controle_interno> Acesso em: 17 dez. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322706>> Acesso em: 17 dez. 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Critérios gerais de controles internos na administração pública um estudo das normas disciplinadoras em diversos países. 2009, p. 4.

A transparência e publicidade das contas na administração

- CRUZ, F. et al. *Lei de responsabilidade fiscal comentada: Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DAGNINO, E. Civil society in Latin America. In: EDWARDS, M. (Ed.). *The Oxford handbook of civil society*. New York: Oxford University Press, p.122-133, 2011.
- EAVES, D. *About David*. Disponível em: <<https://eaves.ca/about-david/>> Acesso em: 17 dez. 2016.
- FONSECA, I. C. M. *Direito das Organização Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011.
- FUGINI, M. G; MAGGIOLINI, P; PAGAMICI, B. Por que é difícil fazer o verdadeiro “governo eletrônico”. *Revista Produção*, v. 15, n. 3, p. 300-309, 2005.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOVERNO ELETRONICO. Disponível em: <www.governoeletronico.gov.br/eixos-de-atuacao/cidadao/dados-abertos> Acesso em: 17 dez. 2016.
- HENDRIKSEN, E. S.; VAN BREDA, M. F. *Teoria da contabilidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MAIA, M., DINIZ, E. O conceito de Esfera Pública Interconectada e o site Webcidadania no Brasil. *Gestão & Regionalidade*, v. 29, p. 97-111, 2012.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MENEZES, A. M. F; FONSECA, M. J. M. Governo eletrônico: um novo caminho para a administração pública? *Bahia Análise e Dados*, vol. 15, n. 2-3, p. 333-341, 2005.
- MIGLIAVACCA, P. N. *Controle interno nas organizações: um estudo abrangente dos princípios de controle interno: ferramentas para avaliação dos controles internos em sua organização*. 2. ed. São Paulo: Edicta, 2004.
- MONTESQUIEU, C. S. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.
- OLIVEIRA, T. B. *Pena e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2012.

- ONU. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc> Acesso em: 04 ago. 2016.
- OPEN KNOWLEDGE INTERNATIONAL. Disponível em: <<https://okfn.org/opendata/>> Acesso em: 17 dez. 2016.
- OPENGOVDATA. Disponível em: < <https://opengovdata.org>> Acesso em: 17 dez. 2016.
- PINHO, J. A. G. *Sociedade da informação, capitalismo e sociedade civil: reflexões sobre política, internet e democracia na realidade brasileira*, *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 1, p. 98-106, 2011.
- WORLD WIDE WEB CONSORTIUM. Disponível em: <https://www.w3.org> Acesso em: 17 dez. 2016.

O planeamento fiscal (abusivo?), o Decreto-lei 29/2008 e a aplicação do princípio da proporcionalidade em Portugal

LUCIANA PACÍFICO DE ARAÚJO SPONQUIADO¹
Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)

I – Introdução

Fatores do cenário atual como a globalização da economia e a evolução dos meios tecnológicos e digitais permitiram a circulação de uma infinidade de negócios através das mais variadas formas de redução de custos de logísticas, administrativos e fiscais.

As regulações de direito tributário internacional existentes se tornaram cada vez mais ineficientes no combate as perdas de receitas oriundas dessas multifacetadas operações envolvendo não apenas os ditos paraísos fiscais mas inúmeros engendrados operacionais mirabolantes, criados para a comercialização de produtos e serviços com o menor custo possível pelos seus gestores.

Mecanismos com a finalidade de obter uma maior transparência na circulação de capitais, assim como o uso mais intensificado da assistência mútua entre as administrações fazendárias dos países, passaram a assumir uma forte papel na

¹ Advogada Tributarista. Mestranda em Ciências Jurídicas na Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Pós Graduada em Direito Tributário pela Escola de Pós Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro – Brasil. Pós Graduada em Direito Processual pela Universidade Federal de Alagoas – Brasil.

busca do controle das operações que visem a poupança fiscal, dentre elas, o planejamento fiscal.

O presente esboço pretende realizar uma abordagem sobre um desses instrumentos que a comunidade jurídica (a princípio, internacional) encontrou para enfrentar os malabarismos que as empresas multinacionais têm se apropriado na perseguição da minimização da carga fiscal na condução dos seus negócios, reforçando a histórica relação conflituosa que existe entre os interesses da administração em arrecadar e os interesses do contribuintes em implementar uma poupança fiscal.

Quanto aos métodos encontrados para facilitar o trabalho árduo das administrações descatamos no referido Decreto-Lei no. 29/2008. Pretendemos analisar dois aspectos: o primeiro, a normatização da prestação de informação (antecipada, quando engendrada por terceiro/ promotor; e imediata, quando elaborada pelo próprio contribuinte/utilizador) que se parece ligada ao plano das ideias do contribuinte e não atos efetivamente praticados e, o segundo, o uso da forma genérica para alcançar uma infindade de planejamentos, ampliando sobremaneira o conceito de planejamento fiscal a ser perseguido.

Para a análise desses dois aspectos – através de pesquisa legislativa e doutrinária - abordaremos como o Decreto-Lei no. 29/2008 tratou da matéria, face à liberdade de gestão inerente à atividade empresarial, com o objetivo de demonstrar que não houve um respeito não apenas a essa liberdade como também à segurança jurídica que deve permear a relação do contribuinte com a administração fiscal.

Após alguns conceitos e contextualizações pertinentes, a proposta do presente trabalho será trazer à tona a necessária aplicação – equilibrada – dos princípios que garantem a atuação fiscal e, concomitantemente, a atuação do contribuinte, tudo em cumprimento ao comando decorrente do próprio Estado de Direito que é a proporcionalidade.

1. Considerações sobre o planeamento fiscal

1.1. Contextos para o planeamento fiscal

Não representa novidade o homem, historicamente, ter se utilizado de alguma estratégia de proteger seu patrimônio de formas mais rudimentares de tributação, consoante se constatou que, na Idade Média, os povos conquistados se convertiam ao islamismo, para aproveitar isenção que alguns chefes conferiam na conversão², mostrando que essa resistência não representa uma inovação dos tempos atuais³.

De mecanismo de defesa contra a expropriação do seu patrimônio essa resistência atingiu um patamar de evolução tão sofisticado ao ponto de passar além da cultura da autoproteção e – massivamente – atingiu uma plataforma diversa, ou seja, a de buscar a verdadeira eliminação da carga fiscal através dos mais variados artifícios.

As motivações para essa pretensão de redução ou supressão da carga fiscal são inúmeras, além da tensão natural existente nessa seara⁴, a maioria decorrente da globalização da economia, da deslocação acelerada dos capitais, inexistência de uma norma global obrigatória, assim como as diferenças entre os

² SOUSA, Carlos Cunha de – **O planeamento fiscal abusivo**. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo. p. 1.

³ SOUSA, Carlos Cunha de – **O planeamento fiscal abusivo**. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo. p. 1.

⁴ SANTOS destaca a existência de uma verdadeira tensão na relação entre autoridade fiscal e contribuinte, lembrando alguns pontos relevantes, por exemplo, no quadro da administração, a existência de uma «ideologia corporativa» a qual se vê, em regra, caracterizada por um «secretismo acrescido», por uma «insuficiente transparência das práticas administrativas» e pela «desconfiança em relação aos contribuintes, vistos muitas vezes como potenciais inimigos defraudadores do erário público», pondo em causa a ideia de neutralidade da ação administrativa. Por outro lado, aduz, ainda, ao chamar o tema da fiscalidade de «árido e cinzento», recorda que “ideologias antifiscais campeiam como forma de reduzir o papel do Estado, de circunscrever o perímetro do Estado mínimo, de reduzir drástica e indistintamente a despesa pública, de libertar os contribuintes (leia-se os mais abonados) do fardo fiscal». In SANTOS, António Carlos – *As ciências sociais e humanas e a fiscalidade: o olhar da Ciência Política*. In SANTOS, António Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mota, coord. **Fiscalidade: outros olhares**. p. 33.

sistemas⁵ - desde ordenamentos fiscais sufocantes a jurisdições fiscais de baixa ou nula tributação - dentre outros fatores advindos das inovações tecnológicas.

Nesse cenário, majoraram-se os problemas de perdas fiscais pelo mundo, tendo o Relatório da OCDE, de 2013, constatado que essas perdas arrecadatórias relativas aos impostos sobre as sociedades estariam entre 4 e 10% da arrecadação global, ou sejam, significariam entre 100 e 240 milhões de dólares ao ano⁶, surgindo, dentre outras campanhas, através do G20, aliado à OCDE, o Plano de Ação de combate à *Base Erosion and Profit Shifting* – abreviado em BEPS -, trazendo sugestões para solucionar o problema dessas perdas fiscais aviltantes.

Apontou-se que as perdas decorreriam de distintas ações, incluindo-se - entre elas - as estratégias de planejamento fiscal agressivo (ou abusivo) arquitetadas por empresas multinacionais que se expandem geograficamente para o além das fronteiras dificultando – sobremaneira - o alcance das administrações fiscais e, por consequência, contribuindo para a ineficácia do sistema fiscalizatório internacional.

Desse modo, a ação no. 12 (*Mandatory Disclosure Rules*) pretende agir diante da falta de informação existente nas administrações fiscais acerca das operações complexas elaboradas envolvendo mais de uma jurisdição fiscal, vindo a incentivar a criação de sistemas que permitam a obrigatoriedade da declaração sobre esses planejamentos, de forma tempestiva, a ponto de a autoridade fiscal acompanhar seu andamento com mais afinco e, paralelamente, dentre outras medidas, que houvesse uma penalidade pelo seu não cumprimento⁷.

⁵ O termo será utilizado nesse trabalho embora a terminologia “sistema” esteja mais relacionada à Ciência do Direito. Ver CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. p. 145.

⁶ OCDE (2016), *Projecto BEPS - Nota explicativa: Informes Finales 2015*, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, Paris. p. 5. [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2016.]. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264263567-es>

⁷ OCDE (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report*, OCDE/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project*, OCDE Publishing. [Em linha] Paris. [Consult. 6 Agosto 2016] Disponível em

1.2. Um olhar sobre os conceitos de planeamento fiscal.

Sobre a classificação conhecida que diferencia o planeamento fiscal em *intra legem*, *extra legem* e *contra legem*, ANTUNES⁸ considera este último como sendo marcado pela ilicitude do comportamento do contribuinte, a traduzir-se num crime fiscal ou contraordenação administrativa, o qual não é objeto da presente análise, ficando claro que os primeiros estariam fora dessa zona de ilicitude.

Podemos citar SANTOS para o qual os atos de redução ou eliminação da carga fiscal podem ser considerados lícitos, por não representarem nem crime nem contraordenação mas se encontrem na zona fronteira, porque não representam agressão à esfera penal nem contraordenacional, mas pode ferir outros conteúdos normativos e, portanto, devem receber o sinal amarelo⁹, tendo se convencionado denominá-lo de planeamento fiscal agressivo ou abusivo, por se desvirtuar da verdadeira finalidade do negócio.

Define DOURADO, «o planeamento fiscal agressivo, em geral, como o comportamento adotado pelas multinacionais para explorar as oportunidades existentes para reduzir a carga fiscal como resultado da globalização e da interação das regras fiscais dos diferentes ordenamentos jurídico. Dada a vaguidade do conceito, podemos concluir que o planeamento fiscal agressivo é um conceito-chapéu quem pode referir-se a situações de elisão fiscal (eventualmente, até, de evasão) ou a um mero planeamento fiscal, consoante o contexto»¹⁰.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en> ISBN 978-92-64-24144-2 p. 18-19.

⁸ Apud AFONSO, Cláudia Beatriz Morais - **O Planeamento Fiscal: Considerações no âmbito das Relações Jurídicas Familiares.** Universidade do Minho, 2015. p. 30.

⁹ SANTOS, António Carlos - Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: o fiscalista no seu labirinto. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Vol. 30, no. 2 (Jul./Dez. 2010).** p. 230.

¹⁰ DOURADO, Ana Paula – **Direito Fiscais. Lições.** p. 255.

Por seu turno, CALDAS bem resume de modo simples que é no limbo dos atos *extra* e *intra legem* que se poderá encontrar o planeamento fiscal agressivo¹¹.

Veremos, outrossim, como o tema tem sido tratado à luz da legislação portuguesa.

2. O planeamento fiscal no sistema português atual

2.1. O contexto da implementação do planeamento fiscal pelo DL no. 29/2008

No cenário legislativo português, tendo como base as linhas propostas na Conferência realizada em Seul¹², em 2006, foi editada a Lei 53-A/2006¹³, autorizando a instituição das medidas preventivas sobre a obrigação de prestação de informações fiscais à administração tributária, acerca de esquemas, operações ou transações que visassem vantagens fiscais.

A implementação do sistema mais moderno com as exigências discutidas pela comunidade fiscal internacional foi efetivada através do Decreto-Lei 29/2008¹⁴, o qual trouxe uma visão diferente do esperado por alguns no plano normativo, recebendo críticas severas que merecem algum destaque, realçando – desde logo – a partir dos próprios conceitos utilizados, o qual, ainda em seu preâmbulo já adota os termos – sem nenhum critério - “agressivo” e “abusivo”, ou mesmo “planeamento fiscal abusivo” ou “esquema” no seu conteúdo normativo.

Essa confusão terminológica tem sido lembrada por vasta doutrina portuguesa, lembrando-se que, no sentir de SANCHES

¹¹ CALDAS, Marta – **O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal?** p. 17

¹² Apesar de não constar na ata da Declaração Final a presença de representante de Portugal. Cf. OCDE (2006) – Declaración Final de Seúl. Tercera Reunión del foro OCDE sobre administración tributaria, 14-15 Septiembre 2006 Seúl, Corea. [Em linha]. [Consult. 14 Out. 2016]. [Em linha]. <https://www.oecd.org/korea/37417459.pdf>

¹³ Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro – Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. [Em linha]. [Consult. 06 Abril 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=904&tabela=leis&so_miolo=

¹⁴ Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro - **Portal das Finanças do Governo.**

«o parovetamento de benefícios fiscais pouco ponderados pode conduzir ao planeamento fiscal agressivo e não abusivo»¹⁵, longe de existir unanimidade quanto à conceituação.

DOURADO destaca a impropriedade alertando que as expressões esquemas artificiais abusivos não deixa claro se estão a se referir ao abuso fiscal ou não.¹⁶

Inobstante a questão terminológica, o ponto da antecipação da prestação da informação merece ser melhor debatido, isso porque após a Conferência de Seul (Terceira Reunião do Foro OCDE sobre administração tributária), em 2006, a qual é citada expressamente em seu próprio texto como inspiração para a criação do Decreto-Lei no. 29/2008¹⁷, houve a realização da Quarta Reunião do Foro da OCDE sobre administração tributária, na África do Sul, estando presente o representante de Portugal, no qual se reforçou que «*las administraciones tributarias responden de distintas maneras*» também quanto a «*divulgación temprana de modelos fiscales agresivos*»¹⁸. A conclusão de que «*para poder gestionar el riesgo con eficacia es necesario disponer de información actualizada, pertinente y fiable, y es **el propio contribuyente la mejor fuente de dicha información**. Habida cuenta de esta realidad, el informe analizó la manera de hacer prosperar una relación entre la administración tributaria y el contribuyente basada tanto en la **comunicación temprana** de posibles cuestiones de índole fiscal como en la transparencia*». Por fim, destaca que:

“Dicha relación será mas fructifera si las administraciones tributarias, en sus relaciones con el contribuyente y los intermediarios, pueden demostrar que su actuación se basa en las siguientes características:

- *Comprensión fundada en conocimientos del mundo de la empresa*
- *Imparcialidad*

¹⁵SANCHES, J. L. – **As duas Constituições - nos 10 anos da cláusula geral antiabuso**. Consult. 20 Nov. 2016 Disponível em <http://www.saldanhasanches.pt/As-duas-Constituicoes.pdf> p. 43

¹⁶DOURADO, Ana Paula – **Direito Fiscais. Lições**. p. 256.

¹⁷ Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro - **Portal das Finanças do Governo**.

¹⁸OCDE (2008) - *Comunicado del Cabo. Cuarta Reunión del Foro del OCDE de Administración Tributária, Enero, 10-11-2008, Cabo, África do Sul.*

- **Proporcionalidad**

- *Transparencia*

- *Agilidad*

Estas características son esenciales en cualquier administración tributaria y deben sustentar todas sus relaciones con el contribuyente."¹⁹ [grifo nosso]

A inspiração para a criação de um sistema de maior transparência, com a maior participação do contribuinte tem o cuidado de que essa «*relação cooperativa*» seja baseada em «la cooperación y la confianza».

Dois aspectos merecem melhor análise quanto ao espírito dos estudos ali propugnados: a não exigência – absoluta - de que a prestação da informação deveria ser prestada de forma antecipada e, ainda, que nessa instalação se buscasse uma solução permeada pela proporcionalidade e pela confiança.

A título ilustrativo da sensibilidade do tema, no caso da implementação desse sistema de inspiração na OCDE/G20 (Projeto Beps), no Brasil, foi editada uma Medida Provisória em 2015, instituindo um modelo de declaração de planeamento agressivo (denominando negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento de tributo) em que essa prestação de informação se daria até 30 de Setembro de cada ano, inclusive sobre negócios ainda não ocorridos²⁰. Após calorosas discussões no âmbito do Legislativo, o Senado Federal rejeitou o modelo se baseando, dentre outros argumentos, na segurança jurídica que estaria posa em causa.

O Decreto-Lei no. 29/2008, deve ser lido à luz dos seus arts. 7.º e 10.º, sendo aquele determinando o dever de comunicação - pelos promotores do planeamento fiscal - quando da proposta do mesmo ao cliente, dando-se ciência à autoridade fiscal, até os 20 (vinte) dias subsequentes ao termo do mês em que «em que o esquema ou actuação de planeamento fiscal tenha sido proposto pela primeira vez». Ao passo que no art. 10.º, especifica-

¹⁹ OCDE (2008) - *Comunicado del Cabo. Cuarta Reunión del Foro del OCDE de Administración Tributaria*, Enero, 10-11-2008, Cabo, África do Sul.

²⁰ MEDIDA PROVISÓRIA Nº 685, de 21 de Julho de 2015. **Presidência da República**. Casa Civil.

se que não havendo proposta ou acompanhamento por um promotor, ou não sendo o mesmo estabelecido em Portugal, o próprio utilizador (contribuinte) proceda à sua comunicação à autoridade tributária, o que deve ser realizado até ao fim do mês seguinte ao da respetiva adoção²¹.

Vejamus que por estar pisando em terreno nebuloso, o próprio Decreto criou um regime envolto em curvas, ou seja, o promotor não será obrigado a informar os dados do contribuinte envolvido no pretense esquema, tentando proteger o sigilo profissional daquele operador do planeamento.

Doutra sorte, quanto à obrigação imposta para o contribuinte prestar a informação, determinou que este o fizesse após a sua adoção, e não antecipadamente. Vejamus que a regra da antecipação foi imposta apenas ao promotor.

Duas observações práticas merecem ser feitas: a medida, ainda que poupe o promotor de informar o nome do contribuinte, em muitas das situações irá deixar todas as pistas necessárias ao acesso, pelo fisco, dessa informação, o que denota um falso contorno da proteção do sigilo entre contribuinte e profissional promovedor da estratégia. Ademais, a imposição do dever de informar até o fim do mês também mostra uma tentativa em driblar o contorno à liberdade de gestão, isso porque, na grande maioria das vezes, os esquemas visando a redução ou supressão da carga tributária, serão orquestrado por pessoal tecnicamente instruído, restando raros os casos que o contribuinte o realiza sem o devido apoio especializado.

2.2. Uma visão do sistema fiscal constitucional português: alguns princípios

O art. 103.º da Constituição da República prevê a satisfação das necessidades financeiras do Estado e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza²², sendo seguido pela Lei Geral Tributária a qual determina que além de visar àquelas necessidades, «promove a justiça social, a igualdade de oportunidades e as necessárias correções das desigualdades na

²¹ Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro - **Portal das Finanças do Governo.**

²² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II**, p. 2013.

distribuição da riqueza e do rendimento», respeitando os princípios da generalidade, igualdade, legalidade e justiça material²³.

Ainda, o art. 61.º, 1, da CRP, emana o princípio da livre iniciativa econômica privada ao determinar que «a iniciativa econômica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral»²⁴.

Em se tratando dos mecanismos utilizados pelo legislador português para aprimorar a fiscalização dos comportamentos considerados uma verdadeira arquitetura empresarial, vários são os princípios passíveis de discussão no intuito de proteger a ação do contribuinte, tornando uma *via crucis* encontrar o ponto onde os interesses privados e o fiscal possam estar em equilíbrio.

Acerca dos princípios, CARVALHO especifica que eles «aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas»²⁵.

As impropriedades quanto ao planejamento abrangido no decreto-lei em comento, portanto, evidenciam uma agressão à segurança jurídica haja vista que esta, de origem no princípio do Estado de Direito, exigindo precisão, incluindo a terminológica, não se lhe adequando a introdução nas leis fiscais de conceitos indeterminados²⁶.

A ausência de clareza e definição terminológica, aliada à exigência da intromissão na esfera da liberdade empresarial de conduzir seus negócios, indica uma violação à estabilidade que deve permear as relações negociais. Essa estabilidade se interliga – diretamente – à segurança jurídica, conforme veremos.

Para MELLO, o princípio da segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a segurança

²³ Lei Geral Tributária – Decreto-Lei 398/98, de 17 de Dezembro. **Códigos Tributários**. p. 34.

²⁴ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. p. 56.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros – Curso de Direito Tributário. p. 158.

²⁶ PIRES, Manuel; PIRES, Rita Calçada – Direito Fiscal. p. 123-124.

em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.²⁷

Quanto ao conteúdo terminológico, gera dúvidas e imprecisões que dificultam a ação do contribuinte em identificar os caminhos que pode seguir na eleição das suas decisões empresariais.

Quanto aos meios velados utilizados, visto que ao pedir informações ao promotor do chamado esquema nada mais faz do que procurar indícios e pistas para seu procedimento de investigação fiscal. Para que houvesse a completa impossibilidade de a autoridade fiscal não fazer a correlação entre o promotor e seus clientes contribuintes, haveria que o promotor apenas ser contratado um única vez para tal mister.

Quanto ao conteúdo temporal, a regra que se imiscui na feitura da atividade empresarial, exigindo informações antecipada ou imediatamente, viola a estabilidade temporal, trazendo empecilho, vez que o contribuinte necessita de uma verdadeira bênção da administração tributária na condução e necessita buscá-la para a implementação das suas estruturais empresariais.

Para se ter uma ideia, até a verificação, pelo fisco, sobre a legitimidade ou não da medida utilizada pelo contribuinte pode não ser realizada a contento, haja vista que se a informação for prestada antes da implementação (pelo promotor) ou logo no mês em que for efetivada (pelo contribuinte), sequer ocorrem as condições para conferir os requisitos, por exemplo, do art. 38.2²⁸,

²⁷ Apud BARROS, Rodrigo Janot Monteiro - Parecer da Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 5.366/66. **Supremo Tribunal Federal.**

²⁸ Dispõe o art. 38.º. 2, da Lei Geral Tributária «são ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencialmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução,

da Lei Geral Tributária portuguesa (cláusula geral antiabuso) quanto aos efeitos gerados (abuso da forma e fim exclusivamente fiscal²⁹).

Ora, por oportuno, lembramos que a rigor, a própria regra geral antiabusiva, por sua abertura, contraria a legalidade, porque esse princípio, na sua modalidade estrita, estabelece «a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional»³⁰ mas dada a impossibilidade de as normas antiabuso específicas elencarem todas as possibilidades de abuso, sua implementação se mostra totalmente necessária ao direito fiscal³¹.

Desse modo, essa qualificação pela autoridade tributária, tão precoce (ou até mesmo anterior) parece agredir frontalmente a segurança do contribuinte, visto que a atuação fiscal está sendo voltada para o nada jurídico tributário, mais parecendo uma atitude fiscal holística desprovida de concretude alguma.

Evitamos, nessa abordagem, uma exaltação do princípio da legalidade, principalmente sob a égide da tipicidade tributária visto que entendemos que – de facto – os novos anseios sociais

eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim econômico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem a utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua essência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas». Lei Geral Tributária – Decreto-Lei 398/98, de 17 de Dezembro. **Códigos Tributários**. 11.ª ed. p. 44.

²⁹ Acerca da cláusula geral antiabusiva CAMPOS ressalta que «mesmo que entendamos que vale a pena deixar em aberto um princípio geral correctivo, sempre se perguntará se este é compatível com o princípio da segurança das relações jurídicas, senão será uma “bomba atômica” que a Administração fiscal terá sempre sobre a cabeça dos contribuintes, não resistindo — é esta a experiência — em aplicá-la em todos os casos com os quais não concorda, por o contribuinte ter feito uma prevenção fiscal. Concluindo o autor que essa correlação justiça efectiva/injustiça potencial, muito desfavorável à justiça, considerando tais normas como inconstitucionais por violarem o princípio da liberdade ou da segurança jurídica. Cf. CAMPOS, Diogo Leite - As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário. **Revista da OAP**.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros – **Curso de Direito Tributário**. p. 167.

³¹ Sem trazer aqui a discussão acerca do uso abusivo da cláusula geral antiabuso pelo fisco.

necessitam de alguma alteração nos paradigmas tradicionais, até porque uma fixação pela tipicidade não permitiria que medidas adequadas aos novos tempos fossem utilizadas nos casos de todos artificialismos mirabolantes articulados pelas megaoperações das multinacionais instituídas à margem de qualquer compromisso social, muito menos, fiscal. Por isso tendemos a focar as discussões nos excessos, porque não partimos de proposições absolutas na aplicação dos princípios.

Ao que parece, não houve a intenção de uma cooperatividade entre as partes envolvidas, isso porque não podemos falar em cooperatividade de mão única.

3. O princípio da proporcionalidade no direito fiscal português.

3.1. O equilíbrio entre os princípios.

Inobstante haver o princípio da proporcionalidade exurgido para equilibrar a aplicação dos direitos fundamentais importa salientarmos a sustentação de MIRANDA para o qual a «ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas: a reação deve ser proporcional à ação»³² e partindo do princípio de que «o Direito é proporção», copiando a expressão de VILLEY³³.

Imperativo, outrossim, que no sistema fiscal português seja fortalecida a proporcionalidade, não por pressão doutrinária ou jurisprudencial, mas sim por expressa determinação da própria Constituição da República, a qual prevê que a «lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesse constitucionalmente protegidos” e, especialmente, preconiza que «as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem

³² MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Parte IV – Direitos Fundamentais.** p. 302

³³ Apud MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Parte IV – Direitos Fundamentais.** p. 302

ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais³⁴.

Indiscutível sua aplicabilidade na seara tributária e, aqui, especialmente, através do seu subprincípio da racionalidade (proporcionalidade *stricto sensu*), visto que não se pode vislumbrar que os atos da administração fiscal sejam desprovidos dessa chamada justa medida, sendo mister uma análise ponderada dos interesses protegidos.

Em sentido prático, PIRES explica leciona que a proporcionalidade seria um subprincípio da proibição do excesso sendo este tudo que não é necessário para atingir os mesmos fins cuja consecução é proposta ou tudo que não é necessário para atingir os mesmos fins, implicando a necessidade do estabelecido³⁵.

Na lição de BARROSO, a ponderação encontra-se intrinsecamente ligada à proporcionalidade, sendo «uma técnica de decisão jurídica, aplicáveis a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente», esta que «se deve ao fato de existirem normas da mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas», cujo processo pode ser resumido em três etapas: na primeira, cabe detetar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando os conflitos existentes, ou seja, uma comparação dos elementos normativos em jogo. Na segunda, cabe analisar os factos e as circunstâncias concretas e a sua interação com elementos normativos, sendo onde os princípios e as regras saem do mundo abstrato e passam a ter real sentido. E é na terceira etapa que deixa de haver a mera subsunção e passa por um processo distinto, pois os princípios poderão ser aplicados com maior ou menos intensidade, dependendo das circunstâncias, sendo apurados os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa. E a tal processo intelectual o autor destaca que «tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade»^{36 37}.

³⁴ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. p. 31.

³⁵ PIRES, Manuel; PIRES, Rita Calçada – **Direito Fiscal**. p. 125.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo**

3.2. Aplicação da proporcionalidade no âmbito da União Europeia

Quanto à utilização da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação), o Tribunal de Justiça da União Europeia já se pronunciou favorável a sua aplicabilidade, como aponta a doutrina em *Ampafrance e Sanofi*³⁸ e no caso *Sosnowska*³⁹ (ambos relativos à discussão sobre IVA), e no case precursor *Marks & Spencer*⁴⁰ (fiscalidade direta) em que «estava em discussão o regime especial de dedução de prejuízos no âmbito dos grupos de sociedades (deduções de grupo), vigente no Reino Unido, nos termos do qual se permitia às sociedades residentes de um grupo proceder entre si

modelo, 5.ª ed. p. 374-375.

³⁷ O autor destaca que a utilização da ponderação não é isenta de crítica: «a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não oferece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções ad hoc, tanto as bem-inspiradas como a nem tanto». BARROSO, Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 376.

³⁸ «o TJUE recordou que “para que um ato comunitário relativo ao sistema do IVA esteja em conformidade com o princípio da proporcionalidade, as disposições que ele contém devem ser necessárias para a realização do objetivo específico que ele prossegue e afetar o menos possível os objetivos e os princípios da Sexta Diretiva». COSTA, Paulo Nogueira da - **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia.** p. 325.

³⁹ «no qual o Tribunal de Justiça afirma que é incompatível com o Direito da União [mais precisamente, com a norma contida no art. 18.º, n.º 4, da *Sexta Diretiva*14 (atual art. 183.º da *Diretiva IV/A15*)], por violar o princípio da proporcionalidade, a legislação de um Estado-Membro (no caso, a Polónia) que, com fundamento na necessidade de proceder aos controlos necessários para evitar a fraude e a evasão fiscais, prorroga, de 60 para 180 dias, a contar da data da apresentação da declaração de IVA, o prazo de que a Administração Fiscal dispõe para reembolsar o imposto pago em excesso a uma certa categoria de sujeitos passivos,16 a menos que os mesmos prestem uma caução de 250.000 PLN (zlótis)». COSTA, Paulo Nogueira da - **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia,** p. 325.

⁴⁰ COSTA, Paulo Nogueira da - **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia.** p. 333.

a uma compensação dos seus lucros e prejuízos, mas as sociedades-mães com domicílio fiscal no Reino Unido estavam, contudo, impedidas de deduzir ao seu lucro tributável neste Estado os prejuízos sofridos noutros», tendo as administrações fiscais envolvidas arguido «três razões justificativas para a medida em causa: garantir uma equilibrada repartição do poder tributário entre os Estados-membros; risco de dupla utilização dos prejuízos; risco de evasão fiscal» mas o TJUE decidiu considerar «as três justificações em conjunto e sujeitá-las ao princípio da proporcionalidade, que é, deste modo, erigido a critério angular de decisão».⁴¹

ALEXY alerta sobre a estreita ligação existente entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade – “a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa»⁴².

II- Notas conclusivas.

CAMPOS ressalta que «mesmo que entendamos que vale a pena deixar em aberto um princípio geral correctivo, sempre se perguntará se este é compatível com o princípio da segurança das relações jurídicas, senão será uma “bomba atômica” que a Administração fiscal terá sempre sobre a cabeça dos contribuintes, não resistindo — é esta a experiência — em aplicá-la em todos os casos com os quais não concorda, por o contribuinte ter feito uma prevenção fiscal». Concluindo o autor que essa correlação justiça efetiva/injustiça potencial, muito desfavorável à justiça, considerando tais normas como inconstitucionais por violarem o princípio da liberdade ou da segurança jurídica.⁴³

Vejamos os fundamentos utilizados pelo preâmbulo do Decreto-Lei, mencionam a intenção de «melhorar a transparência

⁴¹ Apud COSTA, Paulo Nogueira da - **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia**. p. 333

⁴² Apud COSTA, Paulo Nogueira da - **O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia**. p. 322

⁴³ CAMPOS, Diogo Leite - **As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário**.

e a justiça do sistema fiscal», visando «objectivos de promoção do interesse nacional em atenção ao papel fundamental que a liquidação e cobrança das receitas tributárias devidas nos termos da lei assume para o desenvolvimento económico e social», bem assim destaca a importância de os cidadãos «tenham plena consciência e assumam na prática que representa um essencial dever de cidadania que cada um pague todos os impostos que são devidos» e, por fim, sejam atendido o princípio de justiça e solidariedade».44

Ora, «o Estado Português tem como suporte financeiro os impostos, rejeitando-se, desta forma, as figuras do Estado patrimonial e do Estado empresarial, historicamente ligadas a regimes de carácter absoluto ou de carácter socialista» e ainda, que «apesar da nossa Constituição não fazer qualquer referência expressa a este carácter fiscal do Estado Português, as suas referências estejam presentes num variado número de expressões que determinam a opção clara pelo Estado Fiscal»45, contudo, a qualidade de Estado Fiscal não lhe retira o condão de Estado Democrático de Direito.

Recorre-se ao princípio da proporcionalidade, principalmente, face às múltiplas funções que ele exerce no sistema jurídico, pois que a conduta do legislador deve pautar pela sua aplicabilidade na feitura das regras como já exposto no entendimento do Tribunal Constitucional Português, para o qual “[...] não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante, sobretudo no domínio do controlo da atividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo – como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal – que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da atividade do legislador um dos seus significados mais importantes.”46

No próprio BEPS, há referência dos princípios-chave a serem seguidos, como a necessária clareza nas regras (sob pena de gerar insegurança jurídica e resistência pelos prestadores e até mesmo uma má qualidade das informações). Em segundo lugar, o

44 Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro - **Portal das Finanças do Governo**.

45 VENTURA, André – **Lições de Direito Fiscal**. p. 17.

46 MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional**. p. 306.

equilíbrio dos custos adicionais dessa conformidade - pelos contribuintes - face aos benefícios absorvidos pela administração fiscal.⁴⁷

Importa lembrarmos que os cuidados com a aplicação das propostas elaboradas pela OCDE, no âmbito dos direitos internos, está diretamente relacionado aos demais objetivos de cada sistema jurídico. No caso do Projeto BEPS, apesar do sucesso da sua popularidade, não nos descuidamos da lição de XAVIER, para o qual «[...] o certo é que pouco ou nenhuma relevância se deu às garantias jurídicas dos contribuintes contra os riscos de intervenções abusivas dos Estados ao abrigo deste Plano».⁴⁸

Nas palavras de CARVALHO, «a segurança nas relações jurídicas é indissociável do valor justiça, e sua realização concreta se traduz numa conquista paulatinamente perseguida pelos povos cultos»⁴⁹.

Ao fim e ao cabo, a colisão de interesses entre a perseguição pela eficiência econômica da atividade empresarial e a perseguição pela eficiência arrecadatória que sempre pautou as relações fiscais, não será enfrentada a contento enquanto houver, por parte das administrações fiscais, a tendência tão somente em atender aos princípios jurídicos que lhe sejam favoráveis. Nesse caso específico do planejamento fiscal abusivo, os abusos perpetrados pela norma objeto de análise, por si mesmos, parecem indicar que haverá uma intensificação na técnica especializada em driblar o fisco. A resposta abusiva às práticas abusivas não representa uma solução que pareça visar ao encontro da justiça fiscal.

⁴⁷ OCDE (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 – 2015 Final Report*, OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OCDE Publishing. [Em linha] Paris. [Consult. 6 Agosto 2016] Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en> ISBN 978-92-64-24144-2 p. 19-20.

⁴⁸Apud BATISTA, Michel Siqueira – Comentários ao Relatório Público para discussão (*discussion draft*) sobre a Ação 12. In **A Tributação Internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Vol. III. p. 111. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros – Curso de Direito Tributário. p. 161.

III – Referências Bibliográficas

AFONSO, Cláudia Beatriz Morais - **O Planeamento Fiscal:**

Considerações no âmbito das Relações Jurídicas Familiares.

Universidade do Minho, 2015. [Em linha]. [Consult. 30 Nov. 2016]. Disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35854/3/CI%C3%A1udia%20Beatriz%20Morais%20Afonso.pdf>

BARROSO- Luís Roberto - **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576 p. ISBN 978-85-02-22804-7

BATISTA, Michel Siqueira – **Comentários ao Relatório Público para discussão (*discussion draft*) sobre a Ação 12.** In *A Tributação Internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Vol. III. p. 107-116. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. ISBN 978-85-8440-660

BECKER, Alfredo Augusto – **Teoria Geral do Direito Tributário**, 6.^a ed. São Paulo: Noeses, 2013. 759 p. ISBN 858 3100 07.

CALDAS, Marta – **O conceito de planeamento fiscal agressivo: novos limites ao planeamento fiscal? (Cadernos IDEFF)**. Coimbra: Almedina, 2015. 51 p. ISBN 978-972-40-6100-9

CAMPOS, Diogo Leite - - **As três fases de princípios fundamentantes do direito tributário. Revista da OAP.** [Em linha]. [Consult. 20 Nov. 2016]. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/diogo-leite-de-campos-as-tres-fases-de-principios-fundamentantes-do-direito-tributario/>

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25.^a. São Paulo: Saraiva, 2013. 551 p. ISBN 978-85-02-19699-55

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 18.^a ed. Lisboa: Quid Juris? 2014. 287 p. ISBN 978-972-724-690

CORDEIRO, António Menezes - **Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas.** OAP. Artigos. [Em linha]. [Consult. 15 Outubro 2016]. Disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614

COSTA, Paulo Nogueira da - O princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia. **JURISMAT**, Portimão, n.º 4, 2014, pp. 321-338. [Em linha]. [Consult. 20 Nov. 2016]. Disponível em http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6394/jurismat4_321-338.pdf?sequence=1

Decreto-Lei 29/2008, de 25 de Fevereiro - **Portal das Finanças do Governo.** [Em linha]. [Consult. 06 Abril 2016]. Disponível em https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/1B37333B-ED2D-49D6-B82E-7BCDFDD9F23D/0/DL29_2008.pdf

DOURADO, Ana Paula – **Direito Fiscais. Lições.** Coimbra: Almedina, 2015. 281 p. ISBN 978-972-40-6390-4

FAUSTINO, Manuel – A Reforma do IRC e o IRS: neutralidade ou distorção. In **A Reforma do IRC – do processo de decisão política à revisão do Código**, SANTOS, A. Carlos dos; VENTURA, André, coord. Porto: Vida Económica, 2014. P. 178-179. ISBN 978-989-768-015-I

FORTES, Cylmar Pitelli Teixeira - Uma análise crítica do papel da jurisprudência no planeamento tributário: tensões principiológicas e desafios à uniformidade. **Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.** São Paulo, 2015. 166 f. [Em linha]. [Consult. 14 Nov. 2016]. Disponível em

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13991/Cylmar%20Pitelli%20Teixeira%20Fortes%20Uma%20An%C3%A1lise%20Cr%C3%ADtica%20do%20Papel%20da%20Jurisprud%C3%Aancia%20no%20Planejamento%20Tribut%C3%A1rio%20Tens%C3%B5es%20Pri>

- ncipiol%C3%B3gicas%20e%20Desafios%20%C3%A0%20Unif_vers%C3%A3o_03_09_2015.pdf?sequence=2
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes - Decisão levou análise econômica ao Direito Tributário. **Revista Consultor Jurídico**, 15 Set. 2010. [Em linha]. [Consult. 28 Set. 2016] Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-set-15/interpretacao-economica-direito-tributario-nasceu-1935>
- Lei Geral Tributária – Decreto-Lei 398/98, de 17 de Dezembro. **Códigos Tributários**. 11.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. 1079 p. ISBN 978-972-40-6574-8
- Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro – **Procuradoria Geral Distrital de Lisboa**. [Em linha]. [Consult. 06 Abril 2016]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=904&tabela=leis&so_miolo=
- MIRANDA, Jorge – **Manual de Direito Constitucional. Parte IV – Direitos Fundamentais**. 5.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. 508 p. ISBN 978-972-32-2010
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II, Organização Económica, Organização do Poder Político, Artigos 80.º a 201.º**. 764 p. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 972-32-1373-7
- MEDIDA PROVISÓRIA N.º 685, de 21 de Julho de 2015. **Presidência da República**. Casa Civil. [Em linha]. [Consult. 15 abril 2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv685.htm
- NABAIS, José Casalta – A determinação da matéria tributável no IRC. In **RFPTD, v. 1, n.1, 2013**. [Em linha]. [Consult. 20 Set. 2016]. Disponível em http://www.google.com.br/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi6jd3EsZTRAhWBEpAKHUr9DucQFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.e-publicacoes.uerj.br%2Findex.php%2Frfptd%2Farticle%2Fdownload%2F5630%2F4224&usq=AFQjCNFMuwr75_1zMOZ57UUtRSOiz_zwMA

- NABAIS, José Casalta – **Introdução ao Direito Fiscal das Empresas**. 2ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2015. 211 p. ISBN 978-972-40-6097-2
- OCDE (2006) - *Declaración Final de Seúl. Tercera Reunio del foro OCDE sobre administración tributaria, 14-15, Septiembre 2006, Seúl, Corea*. [Em linha]. [Consult. 14 Out. 2016]. [Em linha]. <https://www.oecd.org/korea/37417459.pdf>
- OCDE (2008) - Comunicado del Cabo. Cuarta Reunión del Foro del OCDE de Administración Tributaria, Enero, 10-11-2008, Cabo, África do Sul. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2016]. Disponível em <https://www.oecd.org/ctp/administration/39887435.pdf>
- PIRES, Manuel; PIRES, Rita Calçada – **Direito Fiscal**. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-4792-8. 805 p.
- RICARDO, Joaquim Fernando – **Direito Tributário Anotado e Comentado**. 18.ª ed. Porto: Vida Económica, 2016. 1306 p. ISBN 978-989-768-232-2
- SANCHES, J. L. Saldanha – Abuso de Direito em matéria fiscal. **Ciência e Técnica Fiscal, no. 398 – 2º. Trimestre (2000)**. [Em linha]. [Consult. 18 Nov. 2016]. Disponível em <http://www.saldanhasanches.pt/pdf-3/2000,20-Ciencia20e20Tecnica20Fiscal,20398,-209-46.pdf> p. 11-44.
- SANCHES, J. L. Saldanha – As duas Constituições - nos 10 anos da cláusula geral antiabuso. **Revista Fiscalidade sobre “Reestruturação de Empresas e Limites no Planeamento Fiscal”**. Universidade Nova de Lisboa (14 de Fevereiro de 2008). [Em linha]. [Consult. 20 Nov. 2016]. Disponível em <http://www.saldanhasanches.pt/As-duas-Constituicoes.pdf> p. 39-70.
- SANCHES, J. L. Saldanha - Combate à Fraude Fiscal e a Defesa do Contribuinte: Dois Objetivos Inconciliáveis? **OROC Revisores & Empresas, Julho/Setembro 2000**. p. 46-55. [Em linha]. Consult. 10 Nov. 2016]. Disponível em http://www.saldanhasanches.pt/IMG_0002.pdf
- SANTOS, J. ALBANO – O conflito entre o imposto e a propriedade – uma perspectiva histórica. In **Fiscalidade: outros olhares**. p. 85-114. SANTOS, António Carlos dos;

- LOPES, Cidália Maria da Mora, coord.. p. 85-108. Porto: Vida Económica, 2013. 366 p. ISBN 978-972-788-775-0.
- SANTOS, António Carlos – As ciências sociais e humanas e a fiscalidade: o olhar da Ciência Política. In **Fiscalidade: outros olhares**. SANTOS, António Carlos dos; LOPES, Cidália Maria da Mora, coord.. p. 15-46. Porto: Vida Económica, 2013. 366 p. ISBN 978-972-788-775-0.
- SANTOS, António Carlos - Planeamento Fiscal, Evasão Fiscal, Elisão Fiscal: o fiscalista no seu labirinto. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Vol. 30, no. 2 (Jul./Dez. 2010)**. [Em linha]. [Consult. 05 Junho 2016]. Disponível em <http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1209/1174> p. 227-266.
- TEIXEIRA, Glória – **Manual de Direito Fiscal**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. 423 p. ISBN 978-972-406037-8
- SILVA, Amadeu Braga Batista - Apontamentos sobre as Diferentes Perspectivas Jurídicas acerca do Planeamento Tributário nos Direitos Americano e Brasileiro. **Publicações da Escola da AGU**. [Em linha]. Ano III, n. 13, v. 2 (nov./dez. 2011). p. 10-20. Brasília: EAGU, 2011. [Consult. 5 Dez. 2016]. Disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/27245777 ISSN 2236-4374
- VENTURA, André – A Reforma do IRC e a eficiência do sistema tributário: subsídios para uma compreensão global. In **A Reforma do IRC. Do processo de decisão política à revisão do Código**. Porto: Vida Económica, 2014. 265 p. ISBN 978-989-768-015.
- VENTURA, André – **Lições de Direito Fiscal**, 1.^a ed. Lisboa: 2014. 391 p. ISBN 978-989-51-1453-5
- XAVIER, Alberto – **Direito Tributário Internacional**. Colab. PALMA, Clotilde Celorico; XAVIER, Leonor. 2.^a ed. atualizada, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2016. 864 p. ISBN 978-972-40-3048-7

El principio de estado social en la constitución chilena¹

RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO²

Universidad de los Andes (Chile)

1. Que es el principio de estado social

El principio de estado social es una idea cuya primera formulación es usualmente atribuida al jurista Herman HELLER³. Desarrollado en primer lugar por la doctrina alemana y luego —atendida la recepción expresa de este principio en el art. 20.1 de la Ley Fundamental—, por la jurisprudencia constitucional de ese país, ese postulado ha tenido amplia y expresa recepción en otros ordenamientos constitucionales como el español⁴ y el colombiano⁵. De forma implícita, también se encuentra en

¹ Trabajo realizado en el marco de los estudios conducentes al grado de doctor por la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos PEREIRA MENAUT

² Profesor de la Universidad de los Andes, Chile. Abogado y Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Mail: rodrigopoyanco@gmail.com.

³ En ese sentido, véase LÓPEZ PINA (1985, p. 339) y MODERNE (2002, p. 510). HELLER (1985, p. 287) estimaba que la búsqueda de lo que denominó “democracia social” era el resultado inevitable de la organización y participación política creciente de la masa del proletariado en la democracia del estado de derecho formal.

⁴ Art. 1.1 de la Constitución

⁵ Art. 1º de la Constitución

constituciones como la italiana⁶ y la portuguesa⁷, la brasileña⁸ y la peruana⁹. Como veremos, Chile, en cambio, carece de tal principio.

Los fundamentos de este principio son las ideas de “procura existencial” y la dependencia de las personas del estado, provocada por la reducción del “espacio vital de subsistencia” a disposición de aquellas. Recogiendo las ideas de FORSTHOFF, GARCÍA-PELAYO sostiene que la necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa, produce la «menesterosidad social», es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado, como una de sus principales misiones, la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo¹⁰.

BENDA, en tanto, afirma la necesidad de que el estado intervenga configurando el orden social, pues los problemas sociales no se resuelven por sí mismos:

“[...] En otros tiempos [...] se estaba dispuesto a pagar el precio de la permanencia de condiciones sociales gravosas porque parecía más importante la libertad. Pero un Estado corresponsable de las condiciones sociales y competencialmente habilitado para actuar no puede reproducir las pautas de acción pública del liberalismo originario. El Estado social de

⁶ Lo que se concluye usualmente a partir de los arts. 1° a 3° de esta carta. Ver al respecto MODERNE (2002, p. 499); y CARETTI y TARLI BARBIERI (2005, p. 192–193).

⁷ Art. 2° de la Constitución y, en general, el catálogo de derechos sociales (arts 80 a 83). Véase MARTÍNEZ ESTAY (1997, p. 50)

⁸ A partir del preámbulo de la Constitución, los arts. 1° y 3° y en general, diversas normas que se preocupan expresamente del combate a la pobreza como objetivo constitucional. Véanse WOLFGANG SARLET (2012); AFONSO DA SILVA, José (2005, p. 125); y MAIA JÚNIOR (2012).

⁹ A partir del art. 43 de la Constitución y las normas relativas a derechos sociales. Véase RUBIO (2013, p. 206); ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (2015, p. 20) y la jurisprudencia que allí se cita.

¹⁰ GARCÍA-PELAYO (1977, p. 27–28)

Derecho está obligado y dispone de justificación para configurar el orden social”¹¹.

Así visto el problema, la razón fundamental de un principio de estado social reconocido a nivel constitucional es entregar una habilitación al estado para efectuar intervenciones legislativas en materias sociales y redistribución de recursos públicos. Así lo señala BENDA cuando afirma que, en Alemania, la jurisprudencia de los tribunales que cita han interpretado el postulado del Estado social no solamente como una exigencia programática, sino como una habilitación al legislador para que configure un orden social orientado al establecimiento y a la garantía de la justicia social, así como a la eliminación de situaciones sociales de menesterosidad¹². FORSTHOFF, por su parte, señala que el Estado social, a diferencia del Estado autoritario y del Estado liberal de Derecho, es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza¹³.

2. El principio de estado social y la obligación de consagrar derechos sociales

Sin embargo, particularmente en Latinoamérica, alguna doctrina va un poco más allá. De la consagración de un principio de estado social —o, directamente, de derechos sociales a nivel constitucional—, no se espera sólo una “habilitación” al estado, sino la imposición directa de verdaderas *obligaciones* a las autoridades políticas, bajo la forma de derechos sociales que gocen de la misma exigibilidad que los derechos civiles y políticos.

ABRAMOVICH denomina a esto como el “enfoque de derechos humanos en relación con las políticas sociales”. Apelando al derecho internacional de los derechos humanos, sostiene este autor que ese “enfoque” apunta esencialmente al otorgamiento de poder a los sectores pobres y excluidos por la vía

¹¹ BENDA (2001, p. 534)

¹² BENDA (2001, p. 530–531)

¹³ FORSTHOFF (1986, p. 49). En sentido similar, MODERNE (2002, p. 504)

del reconocimiento de derechos. El punto de partida utilizado para la formulación de una política no se limita a reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino que se traduce fundamentalmente en derechos que tienen las personas para exigir o demandar del Estado ciertos comportamientos y, por consiguiente, en el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad¹⁴. En el ámbito del derecho constitucional brasileño, en tanto, PIOVESAN y STANZIOLA VIEIRA concluyen que la carta brasilera de 1988 —que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6^o— acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes, de naturaleza jurídica, que limitan la libertad reconocida hasta ahora a la actividad política¹⁵.

Consecuentemente, al utilizar el lenguaje de los derechos, los reclamos antes señalados están dirigidos fundamentalmente a la actividad del juez. Se espera que sea éste —y no el legislador— el que, directamente, a través de sus sentencias, lleve a cabo el mandato constitucional de justicia social, en el caso de que las autoridades legislativas no lo atiendan adecuadamente, o no lo atiendan en el grado y forma que esa doctrina espera. ABRAMOVICH y COURTIS señalan que

“[...] la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo *que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana [...].* [N]o existe derecho económico, social o cultural *que no presente al menos alguna característica o faceta que*

¹⁴ ABRAMOVICH (2006, p. 23)

¹⁵ PIOVESAN y STANZIOLA VIEIRA (2006, p. 132)

*permita su exigibilidad judicial en caso de violación*¹⁶

FERRAJOLI, por su parte, reconoce las dificultades que encuentra la garantía de los derechos sociales, pero agrega que

“[e]llo no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aún que sea irrelevante, no vinculante o puramente «programático» su reconocimiento constitucional como derechos. [...]. En general, la calificación constitucional de estas expectativas como «derechos» no supone sólo la obligación constitucional del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, *sino además el establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos*”¹⁷.

3. La imposición de determinadas políticas

Pero además, la doctrina partidaria de los derechos sociales tiende a establecer de antemano *contenidos concretos* que debieran caracterizar el cumplimiento de los deberes de justicia social que se demandan del estado. Las necesidades sociales no sólo deben ser satisfechas como derechos, sino que deben serlo *de una forma determinada*, cualesquiera sean las circunstancias que usualmente influyen en otras políticas sociales, incluyendo la existencia o falta de recursos económicos¹⁸:

¹⁶ ABRAMOVICH y COURTIS (2002, p. 46–47). Destacados nuestros.

¹⁷ FERRAJOLI (1999, p. 109). En Chile, véase también BUSTOS BOTTAI (2009, p. 241)

¹⁸ Cuestión central, desde luego, en el tema que nos ocupa. Véase MARTÍNEZ ESTAY (2010, p. 133–134); y BENDA (2001, p. 557–558), quien

“En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos [...]. Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, *podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada*”¹⁹.

En un sentido más general, ABRAMOVICH y COURTIS señalan que, aún en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria²⁰. KARTASHKIN, por su parte, señala que, si bien la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no apunta a una estandarización de la legislación o un determinado sistema político o social entre diferentes países, se establecerían en cambio un contenido mínimo de los derechos

remarca que, frecuentemente, se olvida que los servicios sociales han de ser pagados por los ciudadanos. Por eso, un sistema de bienestar requiere de una sociedad de alto rendimiento económico, lo que sólo puede darse en una “economía privada generadora de prosperidad”.

¹⁹ FERRAJOLI (1999, p. 64–65). Destacado nuestro. En Chile, VIERA ÁLVAREZ (2014, p. 476–477) señala aquellos sectores de la economía, que, como resultado de un eventual reconocimiento del principio de estado social en Chile “*bien pueden sustraerse de la competencia y no tendrá impacto en los indicadores macroeconómicos y, aseguro, que significará una elevación del PIB, niveles de integración social, desarrollo humano, etc. Y las áreas a las que me refiero son transporte público, regulación eficaz de la industria de farmacias, educación, sistema de salud y previsión social*”.

²⁰ ABRAMOVICH y COURTIS (2002, p. 36–37).

sociales y objetivos de bienestar a ser logrado por los estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*²¹.

Otros autores recurren frecuentemente a lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que, como es sabido, ha dictado una serie de Observaciones Generales desarrollando una particular visión de lo que debe implicar el cumplimiento de los derechos sociales. A nuestro juicio, en no pocas oportunidades esas observaciones traspasan el límite de la interpretación del contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) para pasar a una verdadera *redefinición* de los derechos sociales allí reconocidos. Así por ejemplo, mientras ese Pacto se limita a mencionar *una vez* el derecho a la vivienda —entre un conjunto de otros derechos destinados a proporcionar “un nivel de vida adecuado” a sus destinatarios—, el Comité respectivo, deduce en su observación General n° 4²², una serie de caracteres que deben acompañar a la “vivienda adecuada”, tales como seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; lugar; adecuación cultural, etc. Pero además, en el parágrafo 12 de este documento, el citado Comité estima que el problema se soluciona mediante el establecimiento de una política, detallando cómo ésta debe definirse²³.

El problema que esto plantea no es, en sí, la preferencia por un determinado sistema socioeconómico. El problema es presentar esa alternativa como el resultado de un razonamiento jurídico e *intentar su imposición con la fuerza del derecho*, eliminando del debate a todas aquellas posiciones políticas o de otro tipo, que no

²¹ KARTASHKIN (1982, p. 113). El autor mantiene esta afirmación reconociendo que el PIDESC lo que impone es la realización “progresiva” de los derechos sociales.

²² Citada y analizada en Chile, por ejemplo, por ESPEJO YAKSIC (2010, 53 y ss.)

²³ Se señala, por ejemplo, que debe adoptarse una estrategia nacional de vivienda, que debe reflejar una consulta y participación de las personas afectadas, e incluir medidas de coordinación entre los ministerios involucrados, etc.

se ajusten a lo sostenido por la doctrina en examen; *aunque estas últimas puedan, de hecho, ser más efectivas en el combate contra la injusticia social*. Pero ¿son los juristas —y no la sociedad y sus representantes—, los que deben definir la forma en que deben enfrentarse problemas sociales como la pobreza?

4. ¿Existe una sola forma de combatir la pobreza?

Parece difícil creer que los académicos del derecho del siglo XXI sean capaces de definir exitosamente, recurriendo sólo al derecho y las limitadas herramientas que proporciona nuestra formación, la forma específica en que ha de conseguirse la justicia social, cuando, aún hoy, economistas, científicos políticos y otras disciplinas —que, en comparación a nosotros, muestran muy superiores capacidades en el estudio de la pobreza y otros problemas sociales—, discrepan acerca de cómo enfrentar este flagelo. Por otro lado, más allá de la teoría, la insistencia en un modo específico de combatir la pobreza —en general, prestaciones materiales a cargo del estado— olvida cuestiones tales como *la multiplicidad de tipos de estado de bienestar*, no todos los cuales dejan la cuestión social, enteramente, en las manos del poder público²⁴; la posibilidad de que sea la sociedad —y no el estado— la que enfrente total o parcialmente el tema de la desigualdad social²⁵; y

²⁴ Una obra clásica al respecto es ESPING-ANDERSEN, Gøsta (1990): *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

²⁵ Al respecto, GLENDON (1992, 534-535) propone un complemento mutuo entre la experiencia norteamericana, que enfrenta la pobreza a través de un modelo subsidiario, que permita la intervención voluntaria en esta materia de entidades privadas; y el sistema europeo de estados de bienestar, para aliviar los problemas que aquejan a cada sistema: la desprotección de los más débiles y la sobrecarga fiscal, respectivamente. Por otro lado, datos publicados por la OCDE en 2014 demuestran que, en materia de Producto Interno Bruto destinado a servicios sociales, cuando se considera la estructura de impuestos y el rol de los beneficios sociales privados, el país que sube segundo puesto mundial en niveles de gasto social, después de Francia, es Estados Unidos. Ver al respecto Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. “Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels: Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX)”, November 2014. Disponible em: <<http://www.oecd.org/social/expenditure.htm>>. Acceso em: 24 set. 2016.

la existencia de muchas variantes ideológicas que escapan al binomio estatismo-liberalismo²⁶.

Desde un punto de vista específicamente constitucional, además, hay un tema que nos preocupa de manera especial: el ineludible problema del derecho de nuestros conciudadanos para escoger o alejarse, *de forma libérrima y con la protección del derecho constitucional*, de determinados modelos políticos y sociales, aún de aquellos favorecidos por la doctrina. Existe más de un enfoque y más de una solución al problema de la pobreza, o al menos así lo piensa, de manera completamente legítima, un significativo número de personas. Es lo que evidencia ROSENKRANTZ cuando recuerda el pluralismo de nuestras sociedades y el hecho de que

“[n]inguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontrastable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social [...]”²⁷.

Si creemos de verdad en la democracia, no vemos porqué la opinión de algunos ilustres y reputados académicos de derecho en favor de un determinado modelo social, pero impuesta con la fuerza de lo jurídico, ha de limitar el derecho constitucional del más humilde habitante de nuestros países, de elegir o descartar

²⁶ Así por ejemplo, de acuerdo a HEYWOOD (2010, p. 244), la "tercera vía", y que se plasmó, por ejemplo, en la sustitución de las subvenciones de la educación superior con un sistema de préstamos a estudiantes que ahora se emplea en un número creciente de países, incluidos los Estados Unidos, Australia y el Reino Unido, y la implantación de costes de docencia. El autor concluye que "los estudiantes tienen el deber de pagar por su educación; no se limitan a tener el derecho de acceso a ella".

²⁷ ROSENKRANTZ (p. 8–9).

una determinada tendencia política o forma de estado que no contemple los derechos sociales que los autores desean ver realizados; o que los materialice, pero de una manera distinta a la esperada por ellos²⁸.

5. El sentido de la cláusula de estado social en la teoría: la deferencia hacia el legislador

Es por eso que la interpretación del principio de estado social, en su origen, es mucho más modesta y acotada. Como dice BENDA, la doctrina y jurisprudencia alemana señalan, casi de forma conteste, que el principio de estado social no obsta a que, precisamente en lo que concierne a la administración de prestaciones, el legislador disponga de considerable margen de maniobra. Sólo de forma excepcional puede inferirse de ese principio una expectativa jurídica directamente invocable ante la jurisdicción ordinaria o incluso mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La Ley Fundamental no contiene un programa de encargos concretos al legislador y la Constitución confía a los responsables decidir políticamente, según las condiciones y las necesidades sociales de cada momento, cómo debe traducirse el postulado del Estado social²⁹. MAURER, por su parte, sostiene que la “procura existencial”³⁰ no consiste en un concepto jurídico del que puedan derivarse consecuencias jurídicas concretas (como el derecho de los ciudadanos a obtener determinadas prestaciones). Con él se pretende más bien designar una función estatal esencial en un Estado Social de derecho; una función, ante todo, de la administración, que es quien debe

²⁸ Se argumenta usualmente que, por el contrario, los derechos sociales son requisitos de la “verdadera” libertad política. Sobre ello nos remitimos a nuestro artículo: Los derechos sociales y la libertad: un análisis problemático. **Derecho Público Iberoamericano**, n. 9, p. 41–79, 2016. Disponible en: <<http://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2016/10/RODRIGO-POYANCO.pdf>>

²⁹ BENDA (2001, p. 530–537)

³⁰ En el original alemán, de acuerdo al traductor de este libro, MAURER se refiere al concepto de *Daseinsvorsorge*.

El principio de estado social en la constitución chilena

suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente³¹.

La jurisprudencia constitucional alemana ha seguido el mismo derrotero. El *Bundesverfassungsgericht*, que en la sentencia *Numerus Clausus*, de 1972³² reconoció la necesidad de presupuestos materiales mínimos para el ejercicio de los derechos civiles y políticos³³, y que en la sentencia *Hartz IV*³⁴, de 2010, junto a lo anterior, declaró como derecho subjetivo de origen constitucional el derecho a un mínimo vital (recurriendo expresamente al fundamento del principio de estado social del art. 20.1 de la Ley Fundamental de 1949), ha sido clarísimo en señalar que el referido principio del estado social, aunque con un importante valor interpretativo, no produce efectos directos³⁵; que la exigencia de los derechos sociales está sujeta a la “reserva de lo posible”³⁶; y, finalmente, que la configuración de los derechos sociales, incluyendo el derecho al mínimo vital, corresponde al legislador, y no al juez³⁷.

³¹ MAURER (2012, p. 8)

³² *BVerfGE* 33, 303

³³ De acuerdo a la transcripción de SCHWABE (2009, p. 353), en lo que interesa a este trabajo, el tribunal señaló que “la libre elección de la educación tiene por naturaleza como objetivo el libre acceso a las instituciones; *la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor*. Por esta razón, el proyecto de una ley marco para las universidades, parte del derecho que tiene todo alemán de poder ingresar a la universidad que elija, cuando está en capacidad de certificar las calificaciones requeridas para ese estudio...”.

³⁴ *BVerfGE* 125, 175

³⁵ Véanse al respecto PÉREZ ROYO (1984, p. 166); bon (1992, p. 50); MAURER, op. cit., p. 8; ABENDROTH (1986, pp. 28–30); y PEREIRA MENAUT (2003, p. 34)

³⁶ “En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad” (sentencia *Numerus Clausus*, de acuerdo a la traducción contenida en Schwabe, 2009, p. 354–355)

³⁷ En el párrafo n° 138 de la sentencia *Hartz IV* se señala que, si bien el beneficio del mínimo de subsistencia ha sido establecido en la Constitución como derecho fundamental, su alcance en términos del tipo de necesidades a satisfacer, y los medios necesarios para ello, no pueden ser derivados directamente de la Carta Fundamental. La evaluación respecto de qué es lo que

6. El efecto práctico del principio de Estado Social y de los derechos sociales

Por otro lado, la realidad de las cosas demuestra que no hay una relación directa entre la consagración o no de un principio de estado social o derechos sociales, y la existencia de un estado de bienestar o prestaciones sociales más o menos satisfactorias. Consideremos al respecto, en primer lugar, el trabajo de MARTÍNEZ ESTAY, que efectúa una relación de los más reputados y admirados estados de bienestar que existen a nivel mundial, en situaciones en que en los ordenamientos constitucionales respectivos no se consideró —y en algunos casos, aún no se considera— referencia alguna a un principio de estado social o derechos sociales³⁸. En la propia Alemania, la constitucionalización del derecho al mínimo vital se limitó a elevar a rango constitucional un derecho que ya existía por vía legal. Sin perjuicio de ello, de acuerdo a BENDA, se estima unánimemente que las expectativas respecto de la acción social del Estado fueron asumidas “hace ya tiempo [por el legislador], especialmente, a través de la Ley de Asistencia social”³⁹.

Al contrario, la vigencia casi centenaria de los derechos sociales consagrados en la famosa Constitución mexicana de 1917 —presentada como uno de los tres grandes hitos en la historia del constitucionalismo social⁴⁰—, no ha impedido que en ese país la pobreza afecte a más del 50% de la población; y la miseria, a un 20%⁴¹. Ya en 1992, GLENDON notaba que la generosa

es necesario aquí, en relación a los múltiples factores que indican en la materia, corresponde a la legislatura parlamentaria, que cuenta con un margen de apreciación para determinar el alcance y contenido de los beneficios necesarios para asegurar el sustento individual. Ese margen será más estrecho en la evaluación de lo necesario para la existencia física, y más amplio cuando se trata del alcance y la posibilidad de participar en la vida social.

³⁸ MARTÍNEZ ESTAY (2008, p. 276–278) se refiere a los casos de Gran Bretaña, Suecia, Francia y Canadá.

³⁹ BENDA (2001, p. 531)

⁴⁰ Los otros dos ejemplos tuvieron corta vida y triste recuerdo: la Constitución española de 1931 y la Constitución de Weimar de 1919

⁴¹ “México, uno de los tres países donde creció la pobreza: Cepal”, *Diario Exélsior*, 23 de febrero de 2016. Disponible en línea:

consagración constitucional de los derechos sociales en algunas constituciones europeas se relacionaba poco con el respectivo gasto presupuestario nacional en materia de derechos prestacionales⁴². Actualmente, las normas constitucionales sobre estado social y derechos sociales, no han impedido que los estados europeos, afectados por la crisis económica en desarrollo, hayan recortado –en ocasiones, de manera dramática– derechos y prestaciones de orden social⁴³.

Pero aún hay más. Dado que los juristas partidarios de los derechos sociales están recurriendo, en definitiva, al *lenguaje de los derechos* –factor de reconocida potencialidad para aumentar el activismo judicial⁴⁴–, el resultado ha sido, en algunos países de América Latina, la judicialización masiva de demandas sociales. Sin embargo, la evidencia muestra que esa judicialización *no ha favorecido a los pobres*, como se advierte en la jurisprudencia de países como Brasil, Colombia e incluso Chile⁴⁵. Especialmente en los

<http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/03/23/1082333> [fecha de consulta: 3 de enero de 2017]

⁴² GLENDON (1992, p. 531)

⁴³ Nos referimos fundamentalmente a leyes de recorte de beneficios de seguridad social. En algunos casos, esas leyes han sido desafiadas ante los tribunales constitucionales o incluso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con resultados variables. En todo caso, para ello nunca se ha recurrido al lenguaje de derechos sociales. Para un análisis de sentencias recientes del TEDH en materia de medidas anticrisis, véase nuestro trabajo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los beneficios de seguridad social en tiempos de crisis: cuando la ponderación no protege las prestaciones sociales. En I. Portela, R. Miranda Gonçalves, & F. Da Silva Veiga (Eds.), *O direito constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global* (pp. 269–282). Barcelos, Portugal: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.

⁴⁴ GLENDON (1998, p. 84)

⁴⁵ En Chile, las sentencias roles N°s. 976, 1218, 1273, 1287 y 1770, del Tribunal Constitucional chileno, relativas al derecho a la salud y al derecho a la seguridad social, han favorecido al 16% más rico de la población chilena, que es el que puede utilizar el sistema privado de seguros de salud vigente en Chile (el sistema de Instituciones de Salud Previsional o ISAPRES). El porcentaje de usuarios del sistema de salud citado puede encontrarse en LARRAÍN, Luis. **Financiamiento del Sistema de Salud, Análisis de las Propuestas**. Santiago de Chile, 2011. (Propuestas de la Comisión Presidencial de Salud: Un análisis desde las Universidades y Centros de Estudios). Disponible em: <http://www.supersalud.gob.cl/568/articles-6703_recurso_5.pdf>. Acceso em:

países en donde la responsabilidad primaria del cumplimiento de los derechos sociales pertenece al estado, la litigación en este campo reduce la cuestión de su exigibilidad, tal como sugiere la doctrina, a la disputa entre dos intereses contrapuestos: por un lado, el estado y sus alegaciones presupuestarias; por otro, el interesado y sus necesidades sociales, expresadas en la forma de derechos irrenunciables. Pero así, se ignoran múltiples factores que inciden en una cuestión de la complejidad de la pobreza; incluyendo, sorprendentemente *¡las necesidades de los pobres que no litigan!*

Por esto, la litigación basada en el discurso de los “derechos sociales” ha favorecido de forma masiva a las capas medias y altas de la población, que son las que tienen el capital material y cultural para litigar. El dinero que paga las sentencias que les favorecen, en tanto, sale de los presupuestos destinados a pagar las políticas que estaban destinadas a atender las necesidades de las personas carentes de recursos⁴⁶.

13 ago. 2015; y UNGER, Jean-Pierre; PAEPE, Pierre de; SOLIMANO CANTUARIAS, Giorgio; ARTEAGA HERRERA, Oscar. Chile's Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique. **PLOS Medicine**, v. 5, n. 4, p. e79, 2008. doi:10.1371/journal.pmed.0050079

⁴⁶ Hemos explicado en detalle porqué sucede esta cuestión en nuestro trabajo: POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés; ROMERO GOMES, Camila. El derecho a la salud en Chile y Brasil: ¿Los jueces como Héroes de la Justicia Social? **Revista Internacional CONSINTER de Direito**, I, I, p. 149–172, 2015. doi:10.19135/revista.consinter.00001.08. En el caso brasileño, véase además, MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1643–1668, 2011. Disponible en: <<http://www.texasrev.com/89-texas-l-rev-1643/>>. Acceso en: 28 set. 2013. En el caso colombiano, véase PARRA VERA, Oscar. Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada. In: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Org.). **Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala: Análisis de sentencias para el control de convencionalidad**, México D.F., 2012. xxiv, 232. ISBN 9786074684483, p. 85–145.

7. ¿Un principio de estado social en la Constitución Chilena?

Como adelantamos al comienzo, no existe un principio de estado social expreso en la Constitución chilena, siendo imposible tampoco deducirlo de otras normas o principios constitucionales de esa carta fundamental, como sí sucede en las otras constituciones latinoamericanas y europeas que aquí hemos mencionado.

Por cierto, algunos autores se han referido a la posible existencia de un principio de estado social en esta carta fundamental. Es así como, por ejemplo, CEA EGAÑA señaló, en su momento, que lo que denominaba como “la democracia social” —es decir, el estado social de derecho— está consagrada “de forma imperfecta” en la Constitución 1980 y sólo puede llevarse a cabo de forma subsidiaria, merced a la acción solidaria de la sociedad y el Estado⁴⁷. SOLARI ALLIENDE, por su parte, intenta fundamentar la existencia de un estado social en la Constitución chilena de 1980, recurriendo a la preeminencia del art. 1° de la Constitución, leído desde un enfoque social-cristiano, en particular, los incisos 4° y 5° de esta norma, que dicen respectivamente:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración

⁴⁷ CEA EGAÑA (1983, p. 14–15)

armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

En base a esos preceptos, sostiene ese autor, el poder público tendría una responsabilidad derivada de las consecuencias sociales que emanan de la dignidad humana, a través de la promoción de la justicia en los diversos ámbitos de la sociedad. A esa responsabilidad estatal corresponden unos derechos de las personas de ver satisfechas las necesidades fundamentales. Un Estado así configurado, guiado por una subsidiariedad en sentido positivo, no tiene relación ni con una planificación centralizada de la economía ni con un abstencionismo que relega al estado a ocuparse sólo de proteger y asegurar la libre concurrencia económica. Dado que el mandato constitucional de integración armónica puede aplicarse, entre otras alternativas, a la sectorización socioeconómica, “[l]a configuración socialmente igualadora aparece aquí claramente mandada”⁴⁸.

Sin embargo, parece difícil extraer de la literalidad del texto constitucional vigente alguna conclusión en este sentido, incluso considerando que la actual Constitución reconoce derechos sociales⁴⁹ e incluso, consagra la función social de la propiedad⁵⁰. Los derechos sociales contenidos en la Constitución de 1980 son reconocidos no tanto desde el punto de vista de lo que debe hacer el estado en materia prestacional, sino más bien de las libertades reconocidas a los particulares en materia de prestar y escoger los servicios respectivos⁵¹.

Por otro lado, puede compararse el tenor de los incisos 4° y 5° del art. 1° antes citado, con lo expuesto por los numerales 16

⁴⁸ SOLARI ALLIENDE (1993, p. 339–340)

⁴⁹ Los derechos a la salud, educación y seguridad social (numerales 9, 10 y 18 del art. 19, respectivamente)

⁵⁰ Art. 19 n° 24, en particular el inciso 1°.

⁵¹ Lo que se deduce, fundamentalmente, de lo dispuesto en el art. 19 n° 20, que regula lo que en Chile se conoce como el “recurso de protección”, es decir, el amparo de derechos fundamentales.

y 17 del art. 10 de la Constitución de 1925, en el texto fijado por una reforma constitucional del año 1971. Estas normas señalaban que “[e]l Estado adoptará *todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas*, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional” (N° 16); y que “[e]l Estado deberá *remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos*, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley” (N°17)⁵².

En su texto actual, sin embargo, la Constitución de 1980 no vincula de forma directa la consecución de la libertad, igualdad o dignidad de las personas con la actividad prestataria del estado; argumento que, de otro modo, hubiera sido una poderosa razón para reconocer un estado social en Chile, al modo tradicional. La actual preocupación constitucional es resguardar la libertad y derechos de las personas, incluso en el ámbito de los derechos sociales⁵³.

Esto es coherente con la incidencia de un segundo e importantísimo factor que también está presente en la Carta fundamental en examen: el principio de subsidiariedad y el entendimiento del papel que corresponde a la propia sociedad en el cumplimiento de las metas que libremente se imponga. En este sentido, el principal ideólogo del principio de subsidiariedad, Jaime GUZMÁN, sostenía que

⁵² En ambos casos, destacados nuestros.

⁵³ Otro interesante argumento a favor de derechos sociales, que no podemos tratar aquí, dice relación con una posible incidencia del derecho internacional de los derechos sociales, a partir de lo dispuesto por el inciso segundo del art. 5° de la Carta Fundamental. Por ahora, bástenos señalar que compartimos la posición de aquellos que sostienen que el derecho internacional de los derechos humanos limita la soberanía, pero no tiene rango supraconstitucional. En consecuencia, ha de sujetarse al modelo constitucional impuesto por la Carta Fundamental, entendida en términos sistemáticos. Para un desarrollo de estas posiciones, véase ZÚNIGA URBINA (2008, p. 826) y PEÑA TORRES (2011, p. 111–112)

“Lejos de considerar que el Estado se menoscaba por disminuir su tamaño o su actividad [...], quienes postulamos el principio de subsidiariedad creemos que tal realidad beneficia al país, y también favorece un Estado más eficiente en sus trascendentales tareas propias e indelegables [...]. *Siempre que no se trate de una función exclusiva e indelegable del Estado (y ni las prestaciones de servicios educacionales o de salud lo son), la responsabilidad estatal debe entenderse subsidiaria o supletoria*”⁵⁴.

En el mismo sentido, BERTELSEN señala como tendencia de fondo de la Constitución de 1980 una orientación doctrinal común, en virtud de la cual, al Estado corresponde un papel subsidiario, lo que se traduce en un reconocimiento amplio de los derechos y libertades fundamentales —de modo que cada persona pueda decidir su vida—, y en una participación del sector privado en las prestaciones destinadas a hacer efectivos los derechos sociales. Si bien se reconoce el derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, el Estado sólo controla, protege el ejercicio del derecho y garantiza la ejecución de ciertas acciones, pero no asume —como ocurría anteriormente— una responsabilidad casi exclusiva en el logro de las finalidades que la Constitución persigue⁵⁵.

El propio SOLARI ALLIENDE señala que, si bien la promoción estatal del bien común encuentra su correlato en unas pretensiones subjetivas en orden a la mejor realización posible (a cada momento) de las condiciones sociales que permitan a toda persona su mayor realización espiritual y material, “no hay un sujeto que está en situación de exigir jurídicamente la realización de dichas prestaciones [...], porque su satisfacción pende [...] de las capacidades económicas que tiene el Estado a cada momento”. La tabla de las garantías constitucionales propicia notoriamente,

⁵⁴ Senado de la República de Chile (1990, Intervención del Senador Jaime GUZMÁN, p. 15). Destacados nuestros.

⁵⁵ BERTELSEN REPETTO (1987, p. 59–61)

en el campo económico, la libre expansión individual y la contención estatal, haciendo suyas las pretensiones básicas del liberalismo económico⁵⁶. VIERA ÁLVAREZ, en tanto, estima que la Constitución no reconoce ni derechos sociales ni un estado social. De ahí que los derechos sociales no cuenten con protección reforzada y devengan en anhelos y propósitos deseables, pero sin exigibilidad directa al deber de actuación que corresponde al Estado⁵⁷.

A mayor abundamiento, las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile⁵⁸ que, más allá de sus notorias deficiencias técnicas⁵⁹ reconocieron, al fin, la existencia de derechos sociales vinculantes en Chile, lo han hecho no para exigirlos del estado, sino...para exigirlos de otros particulares. Como dice MARTÍNEZ ESTAY:

“[La mayoría del Tribunal Constitucional dio] una nueva interpretación al principio de subsidiariedad, al señalar que ‘no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos [...]’, por aplicación del principio de efecto horizontal de los derechos [...]”⁶⁰.

⁵⁶ SOLARI ALLIENDE (1993, p. 341–344)

⁵⁷ VIERA ÁLVAREZ (2014, p. 473–474)

⁵⁸ Las sentencias roles N°s. 976, 1218, 1273, 1287 y 1770.

⁵⁹ Para un completo análisis crítico de esas sentencias, nos remitimos a MARTÍNEZ ESTAY, J. I. (2010). Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. Estudios Constitucionales, 8(2), 125–166. doi:10.4067/S0718-52002010000200006

⁶⁰ MARTÍNEZ ESTAY (2010, p. 149–150)

8. ¿Prohíbe hoy la Constitución de 1980 una mayor protección de los derechos sociales?

Nuestra opinión es que la actual ordenación negativa de la constitución de 1980 no se opone realmente a una mayor intervención prestacional del estado en materia de derechos sociales. Ello fue notado por el propio SOLARI, en su análisis antes citado. Dice este autor que

“Esto es evidente en los incisos 2° del N° 21 y 1° del N° 22 del art. 19 [de la Constitución]. En efecto, el primero de ellos habla derechamente de la actividad empresarial del Estado, si bien la limita y regula rigurosamente. Y el segundo, aunque aparente ser plenamente liberal, tiene una enorme virtualidad desde el punto de vista del Estado social. La norma dispone que el trato dado por el Estado y sus organismos en materia económica no puede implicar una discriminación arbitraria. Entonces, discriminar, que es diferenciar una cosa de otra, no es lo que en sí reprocha la Constitución; lo de veras prohibido es discriminar con arbitrariedad [...] Esto es muy importante, pues caracteriza al Estado social la discriminación constante (no arbitraria, por cierto), arraigada en y orientada por el mandato social y económico dirigido al Estado [...]. Estas dos normas, en consecuencia, permiten afirmar que las garantías económicamente liberales son perfectamente compatibles con las tareas sociales y económicas de un Estado social”⁶¹.

En el mismo sentido, FERNANDOIS —en Chile, uno de los más notorios defensores del orden público económico consagrado en la Constitución de 1980—, estima

⁶¹ SOLARI ALLIENDE (1993, p. 343)

“que la Carta Fundamental actual no contiene una formulación neoliberal en el tratamiento de ciertos derechos clásicos — libertad, propiedad, trabajo, salud, tributos—, que no sea en lo referido al recurso de protección, como también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido con intensidad la vertiente social de estos derechos. [...] [Estas conclusiones] privan o al menos moderan uno de los argumentos más comúnmente utilizados para llamar a una nueva constitución y para reemplazar o modificar significativamente la actual”⁶².

En la práctica, el propio Tribunal Constitucional (sentencia Rol 2781-15) ha estimado recientemente que el deber progresivo y gradual de instaurar una educación gratuita⁶³, contenido en una ley recientemente promulgada⁶⁴, importa implementar un sistema de financiación completa que es compatible con el artículo 19, numeral 10°, de la Constitución⁶⁵.

Otro ejemplo práctico en esta materia —que, de paso, confirma que los derechos sociales no dependen de su consagración en la Constitución— es el derecho a la vivienda en

⁶² FERNANDOIS (2014, p. 213)

⁶³ La minoría vencida alegaba, en cambio, que el deber constitucional de gratuidad es inmediato. Ver el voto disidente de los Ministros Iván Aróstica Maldonado, María Luisa Brahm Barril y Cristián Letelier Aguilar. Cabe observar, por otro lado, que la generalidad de la doctrina partidaria de los derechos sociales rechaza este sentido de la progresividad: no se trata de excusar al estado en sus obligaciones prestacionales, sino de obligarlo de forma progresiva al mayor y siempre creciente cumplimiento de los derechos sociales

⁶⁴ La actual ley 20.845, que entre otras cosas que eliminó el financiamiento compartido y prohibió el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

⁶⁵ Tribunal Constitucional de Chile (21 dez. 2015, Considerandos 19°–20°). Véanse también los considerandos 24 y 25 de esta sentencia. Sin perjuicio de lo expresado, creemos que el Tribunal Constitucional no analizó adecuadamente el aspecto relativo a la libertad de enseñanza envuelto en esta ley, cuestión que aquí no podemos desarrollar.

Chile, no considerado en la carta fundamental⁶⁶. No obstante sus reconocidos éxitos⁶⁷, el sistema chileno de subsidios habitacionales —es decir, subsidios a la demanda— no existe ni siquiera a nivel legal. Las normas que regulan los beneficios respectivos son...reglamentarias⁶⁸.

Sin perjuicio de lo señalado, estimamos que sería un error considerar al principio de subsidiariedad reconocido en la Constitución de 1980 como enemigo de una mayor acción prestacional del estado. El principio de subsidiariedad busca simplemente proteger y realzar la libertad y responsabilidad de la propia sociedad en el cumplimiento de sus fines, frente a los extremos del colectivismo estatista y el liberalismo extremo: “[el] principio de subsidiariedad implica para cada grupo menor una exigencia de esforzada autonomía e iniciativa privada. No se puede pedir ayuda al grupo mayor cuando en realidad no se necesita, pues se impone a los grupos menores y a la persona humana el deber de responsabilidad”⁶⁹. En el mismo sentido,

⁶⁶ Cuestión frecuentemente criticada por los autores, como por ejemplo PINCHEIRA HILL (2014, p. 89); y SCHÖNSTEINER *et al* (2016, p. 107), estos últimos en relación a las soluciones habitacionales destinadas a gente que vive en campamentos (nombre chileno de las poblaciones miseria o favelas). RAJEVIC MOSLER (2010, p. 257) estima que esta omisión no quita relevancia constitucional a ese derecho.

⁶⁷ Desde luego, con luces y sombras. Una importante reducción del déficit de viviendas, por un lado, y por otro el cuestionamiento por la calidad de las obras y el aumento de la segregación urbana. Véase, por ejemplo, RUBIO VOLLERT, Rodrigo. Lecciones de la política de vivienda en Chile. **Bitácora Urbano Territorial**, v. 1, n. 10, p. 197–206, 2006. Disponible en: <<http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/bitacora/article/download/18722/19619>>

⁶⁸ Una relación de ellas puede consultarse en: http://www.minvu.cl/opensite_20061113165715.aspx. Acceso en: 30 dez. 2016

⁶⁹ SAN FRANCISCO REYES (1992, p. 530). Véase también el desarrollo de la misma idea en D'ORS (1979, p. 219–221). Por esto consideramos un *gravísimo error* —que evidencia el mismo SAN FRANCISCO REYES— el utilizar al principio de subsidiariedad, sea en su versión constitucional, sea en su versión social-cristiana, como arma arrojadiza, reduciendo su utilidad a un argumento partisano, sea para justificar el libre mercado y una visión economicista de la sociedad, sea para estimular la ocupación de lo social por el estado.

BENDA señala que existe una reciprocidad entre las obligaciones públicas de ofrecer ciertas prestaciones indispensables resultantes del postulado de Estado social de Derecho y la actividad social orientada a los mismos fines por propia iniciativa:

“El principio de la solidaridad puede propiciar una regulación legal que distribuya entre muchos las cargas necesarias para despliegue de la tarea pública, haciendo aquéllas llevaderas para el individuo. El principio de subsidiariedad apunta a una mayor continencia del Estado mientras las fuerzas sociales parezcan capacitadas en la misma medida. Constitucionalmente no consta prioridad para uno u otro principio; habrá que resolver en función del caso concreto [...]. En ningún caso resulta del postulado del Estado social que el legislador haya de prever para la realización de tal meta únicamente medidas de las autoridades públicas: nada impide al legislador prever asimismo la asistencia de organizaciones privadas” [...]. [D]emasiadas veces se pretende identificar al Estado social con una Administración de servicios y una previsión absolutas. Esta no dejaría margen para la iniciativa individual y para la libre actividad de las fuerzas sociales. La burocratización de la existencia, unida forzosamente a la plena responsabilización por el Estado, se ha evidenciado, allí donde ha sido llevada a la práctica, como reductora de la libertad, y no por ello más efectiva”⁷⁰.

9. Conclusiones

Hemos señalado en el esquema constitucional actual, no existe un principio de estado social en la Constitución de 1980. Hemos

⁷⁰ BENDA (2001, p. 545–546)

agregado a lo anterior que los juristas están pobremente calificados para determinar –y para imponer– lo que una sociedad necesita, en términos socio-económicos; que la constitucionalización de estas materias no tiene una relación directa con la existencia de un mejor o peor sistema de bienestar social; que existen casos concretos, y en nuestro continente, en que la judicialización de lo social ha traído consecuencias nefastas para los pobres que, teóricamente, se dice defender; y, finalmente, que la Constitución de 1980 no impide una mayor protección de los derechos sociales. Frente a este panorama, puede cuestionarse cual sería realmente el aporte de una consagración constitucional expresa de un principio de estado social o de derechos sociales, en una constitución como la chilena.

Si lo que realmente queremos es combatir la pobreza –y no caer en la tentación de usar el derecho como herramienta de imposición de un determinado modelo social— parece mejor que estas cuestiones no sean resueltas por los juristas, sino por la sociedad y sus representantes, a través del proceso político democrático, con la asesoría de los que realmente saben de estos temas. Proponemos, por tanto, reservar prudentemente el papel del derecho constitucional para lo que sirve: limitar el poder político en beneficio de la libertad y derechos de todas las personas, incluyendo aquellas de escasos recursos.

-o-

10. Referências

- ABENDROTH, Wolfgang. El estado de derecho democrático y social como proyecto político. In: ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K. (Org.). **El Estado Social**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. 208 p. (Colección Estudios Sociales). ISBN 8425907438, p. 9–42.
- ABRAMOVICH, Víctor. Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos como Marco para la Formulación y el Control de las Políticas Sociales. **Anuario de Derechos**

- Humanos**, v. 0, n. 2, p. 13–51, 2006. doi:10.5354/0718-2279.2006.13370.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. 254 p. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho). ISBN 9788481645071.
- AFONSO DA SILVA, JOSÉ. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p. ISBN 8574206865.
- BENDA, Ernst. El Estado Social de Derecho (capítulo X). In: BENDA, E.; MAIHOFER, W.; VOGEL, H.; HESSE, K.; HEYDE (Org.). **Manual de derecho constitucional**. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 2001. lix, 900 p. ISBN 9788472488526, p. 487–559.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl. Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile. **Revista Chilena de Derecho**, v. 14, n. 1, p. 49–62, 1987. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649593.pdf>>. Acceso em: 30 dez. 2016.
- BON, Pierre. La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, n. 11, 1992. Disponible em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1240&IDA=35432>>. Acceso em: 22 jun. 2015.
- BUSTOS BOTTAI, Rodrigo. Derechos Sociales y Recurso de Protección: ¿una relación difícil? **Derecho y Humanidades**, v. 15, p. 231–247, 2009. Acceso em: 7 jan. 2014.
- CARETTI, Paolo; TARLI BARBIERI, Giovanni. **I diritti fondamentali: Liberta e diritti sociali**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2005. xxvi, 511. ISBN 8834855418.
- CEA EGAÑA, José Luis. Garantías Constitucionales en el Estado Social de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, v. 10, p. 7–19, 1983.

- D'ORS, Álvaro. *La libertad. Ensayos de teoría política*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1979. 306 p. (Colección jurídica, 74). ISBN 8431306041, p. 201–222.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás. El derecho a una vivienda adecuada. *Centro de Investigación Social Un Techo para Chile*, v. 8, n. 13, p. 48–63, 2010.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Anotaciones sobre la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú. *RED Sociales*, v. 2, n. 3, p. 6–30, 2015. Disponible em: <<http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-01-ARTICULO-ESPINOZA-SALDA%C3%91A.pdf>>. Acceso em: 23 mar. 2016.
- FERMANDOIS, Arturo. El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. In: GARCÍA GARCÍA, J. F. (Org.). *¿Nueva constitución o reforma?: Nuestra propuesta, evolución constitucional*, Chile: Thomson Reuters, 2014. 541 p.; (Monografías). ISBN 9789563466249, p. 213–242.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 180 p. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho). ISBN 84-8164-285-1.
- FORSTHOFF, Ernst. Problemas Constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E.; DOEHRING, K. (Org.). *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. 208 p. (Colección Estudios Sociales. ISBN 8425907438, p. 43–67.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1977. 189 p. (Alianza Universidad, 196). ISBN 842062196X.
- GLENDON, Mary Ann. El Lenguaje de los Derechos. *Revista Estudios Públicos*, n. 70, p. 77–150, 1998.
- GLENDON, Mary Ann. Rights in Twentieth-Century Constitutions. *The University of Chicago Law Review*, n. 59, p. 519–538, 1992.

- GUZMÁN, Jaime. Senado de la República de Chile. Sesión 15, Ordinaria. Disponible em: <<http://www.senado.cl/appsenado/generaPDF.php?mo=sesionessala&teseid=25263&legiid=162>>. Acesso em: 20 dez. 2016.
- HELLER, Hermann. Estado de Derecho o Dictadura. **Escritos políticos**, Madrid: Alianza, 1985. 382 p. (Alianza Universidad, 421). ISBN 84-206-2421-7, p. 283–301.
- HEYWOOD, Andrew. **Introducción a la teoría política**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 440 p. (Ciencia política, 32). ISBN 978-84-9876-846-6.
- KARTASHKIN, Vladimir. Economic, Social and Cultural Rights. In: VASAK, K.; ALSTON, P. (Org.). **The International dimensions of human rights**, Westport, Conn, Paris, France: Greenwood Press; Unesco, 1982. 2 v. (755). ISBN 0-313-23395-0.
- KMIEC, K. D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441–1477, 2004. Acesso em: 22 dez. 2013.
- LÓPEZ PINA, Antonio. Epílogo. **Escritos políticos**, Madrid: Alianza, 1985. 382 p. (Alianza Universidad, 421). ISBN 84-206-2421-7, p. 335–382.
- MAIA JÚNIOR, Jairo. Voz "Pobreza". In: DIMOULIS, D. (Org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502164093.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. **Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales**. Barcelona: Cedecs, 1997. (1). ISBN 848917167X.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. **Estudios Constitucionales**, v. 8, n. 2, p. 125–166, 2010. doi:10.4067/S0718-52002010000200006.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Los Derechos Sociales: una Reflexión a propósito de la Sentencia Rol 976 del Tribunal Constitucional. **Nomos**, n. 2, p. 275–290, 2008. Disponible em:

<<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/02.275-290.Martinez.pdf>>. Acceso em: 10 jun. 2014.

MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012. xvii, 385. (Serie doctrina jurídica /Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 637). ISBN 6070234375.

MODERNE, Franck. ¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea? In: CARBONELL, M. (Org.). **Derechos fundamentales y estado**: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. 1. ed., México, D.F: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. xv, 894 (Serie Doctrina jurídica, 96). ISBN 9703200001. Acceso em: 14 mar. 2014, p. 493–527.

PEÑA TORRES, Marisol. **Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la Democracia**: Colección Conmemoración 40 Años del Tribunal Constitucional 1971-2011. Santiago de Chile: Producciones Gráficas Ltda., 2011. (Cuadernos del Tribunal Constitucional, 47).

PÉREZ ROYO, Javier. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 4, n. 10, p. 157–181, 1984. Disponível em:

<<http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=312&IDA=24685>>. Acceso em: 29 ago. 2014.

PINCHEIRA HILL, Verónica Paz. Políticas Habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile. **Revista de Derechos Fundamentales**, n. 11, p. 57–92, 2014.

PIOVESAN, Flavia; STANZIOLA VIEIRA, Renato. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, n. 15, p. 128–146, 2006.

- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. **Sistema político y constitucional de Alemania:** Una introducción. 1. ed. Santiago de Compostela, España: Tórculo Ediciones, 2003. ISBN 8484082598.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique. **Cohesión social e intervención administrativa en el territorio urbano: (con especial referencia a España y Chile)**, 2010. Disponible em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/11771/5/enrique_rajevic_tesis.pdf>. Acceso em: 1 jan. 2017.
- ROSENKRANTZ, C.F. **La pobreza, la ley y la constitución.** Disponible em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yfs_sela>. Acceso em: 13 jan. 2014.
- RUBIO, Patricio. Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Derecho PUCP**, n. 71, p. 201–230, 2013. Disponible em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8902>>. Acceso em: 23 mar. 2016.
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro. Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980. **Revista Chilena de Derecho**, v. 19, n. 3, p. 527–548, 1992.
- SCHÖNSTEINER, Judith; SILVA, Vicente; CISTERNA, Pedro; ALARCÓN, Francisca. Derecho a una vivienda adecuada en Chile: una mirada desde los campamentos. In: Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (Org.). **Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016**, Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2016. ISBN 978-956-314-374-4. Disponible em: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2016/Schonsteiner_yotros_derechoaviviendadigna.pdf>. Acceso em: 15 dez. 2016, p. 81–121.

- SCHWABE, Jürgen (Ed.). **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe. México, D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica). Disponible em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-1522-4-30.pdf?090716233852>. Acceso em: 22 dez. 2013.
- SOLARI ALLIENDE, Enzo. Recepción en Chile del Estado social de derecho. **Revista Chilena de Derecho**, v. 20, n. 2, p. 333–344, 1993. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649835.pdf>>. Acceso em: 22 dez. 2016
- VIERA ÁLVAREZ, Christian. Estado Social como fórmula en la Constitución chilena. **Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte**, v. 21, n. 2, p. 453–482, 2014. doi:10.4067/S0718-97532014000200014.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. Voz "Estado Social de Direito". In: DIMOULIS, D. (Org.). **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502164093.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución. **UNED. Revista de Derecho Político**, 71-72, p. 789–827, 2008. Disponible em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico2008-23&dsID=pdf>>. Acceso em: 11 mai. 2015.

Jurisprudência citada

- a) Tribunal Constitucional de Chile.
- Sentencias Roles 976, 1218, 1273, 1287,1770 y 2781-15.
Disponible em: www.tribunalconstitucional.cl
- b) Tribunal Constitucional alemán
- Sentencia Numerus Clausus, *BVerfGE* 33, 303
- Sentencia Hartz IV, *BVerfGE* 125, 175

CAPÍTULO XXXIV

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras “Breve discurso”

PATRÍCIA SUSANA BAÍA DA COSTA COLAÇO MACHADO¹

ALEXANDRE RICARDO MACHADO²

Universidade de Coimbra (Portugal)

Universidade Católica de Santos (Brasil)

1. Introdução

O problema que aqui se coloca é a questão dos refugiados, e não é uma questão de ontem, nem de há um ano, tem muitos anos de história. Esta temática específica que é aquela em que nos sentimos mais à vontade para falar tem por vínculo os países do Maxereque. Tem a ver com o Médio Oriente e é um assunto onde ainda não existe muita produção científica, muito trabalho feito sobre estas questões, não só pelo facto de haver muito recato em torno das mesmas, como também pelo facto de estarmos a lidar com uma sociedade com realidades em permanente mudança, e isto torna muito difícil esta mesma avaliação.

Lidando com a questão dos refugiados, há um conjunto de coisas que nos entram todos os dias pelos meios de comunicação, e que, embora muito filtradas, normalmente, tendem a dar-nos a reconhecer três questões fundamentais:

a) A questão dos números: quotidianamente temos que lidar com números e é assim que se olha tendencialmente para o

¹ Jurista, pós-graduada em Direito Marítimo e doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra na especialidade de Direito Público.

² Professor, Consultor e Advogado Especializado em Direito do Petróleo e Gás, Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Bolsista CAPES.

problema dos refugiados. Numa lógica eurocêntrica de olhar para a perspectiva dos refugiados, há sempre um limiar para tentar perceber o que são números sustentáveis e insustentáveis.

Estamos muito presos a algumas imagens nas quais somos uma espécie de atores que simplesmente observam, mas que não se assumem como partes integrantes nestes problemas que vão emergindo. Apesar da instabilidade se dever a razões de escolha políticas, de vontade política, continua-se a perspetivar o problema no domínio das fronteiras. Para muitos se ele está nas fronteiras não temos que lidar com ele!

Aconteceu assim com os fluxos de África Subsaariana³ e agora com os fluxos do Médio Oriente ou países do Maxerique, e em particular a questão Síria, que também tem ajudado a tapar muitas outras situações que são igualmente dramáticas.

Sabemos que hoje temos 60 milhões de refugiados no mundo, que a população de refugiados sírios ultrapassou a maior população de refugiados que conhecíamos na história, que era a Palestiniana, e sabemos que hoje já ultrapassa os 6 milhões de refugiados.

Isto é o que nós apuramos com as narrativas e a linguagem que nos é oferecida.

Na realidade os refugiados sírios se quisermos chamá-los refugiados, não são somente 6 milhões, são bem mais do que isso. Só dentro do próprio território e aqui não são refugiados serão deslocados, temos 8 milhões de pessoas, o que consiste em dizer que tudo isto merece algum debate e alguma reflexão.

Começou a ser verdadeiramente um problema quando houve gente em número a chegar às fronteiras europeias.

b) A questão dos fluxos: outra lógica de enquadramento será a dos fluxos, quais são os fluxos, quais as massas de população que se vão deslocando e em que direção;

c) A questão das trajetórias: perceber quais são as expressões que existem para as sociedades em função das suas

³ Wood, Tamara, *Expanding Protection in Africa? Case Studies of the Implementation of the 1969 African Refugee Convention's Expanded Refugee Definition*, International Journal of Refugee Law, Vol. 26, n.º 4, 2014, págs. 555-560;

trajetórias e em cada momento da história nestes fluxos de refugiados.

Estas são mais ou menos as três linhas que temos e pouco mais se explora. Além disto, é o que vamos conhecendo numa perspectiva quantitativa, ignorando completamente, a diversidade, as razões, as causas, as responsabilidades que estão associadas.

Portanto, do ponto de vista de quem faz pesquisa e do ponto de vista de quem está no campo a procurar fazer trabalho sistemático nesta matéria, faltam também de forma muito precisa outras dimensões.

Para o caso, falta o enquadramento desta realidade numa dimensão qualitativa para percebermos estes fenómenos migratórios. É uma dimensão dispendiosa não apenas na sua vertente metodológica de estudo, como também, de trabalho, seja em que área for e onde esteja.

A dimensão das metodologias, ou métodos usados, referem-se a como nos chega a informação, quais os critérios, as variáveis e quais os indicadores.

Temos uma série de dados fornecidos por atacado, e é isso que nos oferecem todos os dias, ignorando-se completamente uma situação que neste contexto é uma questão essencial, que é a questão das mudanças sociais inerentes a cada um destes processos, e que normalmente, são traduzidas como uma espécie de naturalização.

Ainda assim, conseguimos ter alguma imagem, ainda que fotográfica, da mudança social e dos impactos nas sociedades, quando olhamos para casos muito específicos. Por exemplo, se pensarmos no caso do Líbano, é uma espécie de país exceção, mas ao mesmo tempo também corresponde a um padrão para analisarmos estas questões.

Permite-nos olhar para aquilo que são impactos imediatos, contudo, acabamos por não ter nenhuma análise de fundo sobre mudanças sociais a médio termo ou a longo termo. Pura e simplesmente isto não existe.

As mudanças imediatas são perceptíveis quando visualizamos casos concretos, como o do Líbano, do caso europeu, ou da união europeia que é outra coisa diferente.

O Líbano é perceptível porque falamos de um país que do ponto de vista da reorganização territorial e da organização propriamente dita em termos das suas infraestruturas (sistema escolar, de saúde ou da própria administração pública) é pequeno. Tem 19 comunidades religiosas, uma população dividida entre metade católicos e a outra metade muçulmanos e tem uma democracia muito peculiar do ponto de vista da definição do poder, em que o Presidente da República é alguém sempre católico, o Primeiro- Ministro é sempre alguém sunita e o Presidente da Assembleia da República é sempre alguém xiita. Portanto, uma sociedade multicultural, que tem modelos de organização muito específicos e que por isso, tem condições muito específicas na receção dos refugiados.

Assim, quando analisamos o caso referenciado, conseguimos entender mais ou menos algumas das implicações que a entrada de refugiados tem para as sociedades, uma vez que é o país do mundo que tem o maior número de refugiados.

Quando falamos em termos proporcionais, falamos de um país que tem pouco mais de 4 milhões de habitantes e que neste momento tem seguramente à volta de 2,5 milhões de refugiados. Portanto, é uma relação de um para dois. Se formos analisar os registos oficiais, a relação é de 50%. Ou seja, os registos não cobrem toda a população refugiada que chega ao Líbano, e, portanto, começasse a discutir as questões das mudanças sociais.

Perguntamos: “Como é que um país como este, que quer equilíbrios estáveis, passa a ser instável no momento que mais de metade da população é maioritariamente refugiada de sírios? Mas também composta de uma percentagem muito grande de refugiados palestinianos, e onde de repente se percebe a incapacidade de responder a esta quantidade de fluxos.

Ainda assim, as pessoas recebem maioritariamente os refugiados nas suas casas, obedecendo a uma razão histórica de rejeição de campos de refugiados, ao contrário de outros países. Esta razão histórica tem a ver com os refugiados palestinianos que “ab initio” seriam temporários, mas que contudo, e com o tempo viriam a tornar-se definitivos. Por isso, nem a sociedade, nem as autoridades libanesas aceitam a instalação de campos.

Quando de repente se tem um fluxo massivo de população, começasse a perceber o porquê de uma sociedade com limitações na absorção de refugiados. Sendo este fluxo maioritariamente sunita, entende-se que ao entrar numa sociedade heterogénea do ponto de vista da composição religiosa, e habituada a viver com os seus equilíbrios, se depare com um conjunto de problemas na sua receção e mesmo aceitação.

Isto tudo, para sucintamente se dizer, que a maior dificuldade que temos, é ter excesso de números e uma extraordinária ausência de análise qualitativa, para além da ausência até mesmo das questões mais básicas de metodologia, que nos levaria seguramente a um melhor entendimento de como nos chegam os números na atualidade e porque não chegam outros.

Seja em que contexto for e quando analisamos a realidade dos refugiados, devemos ter sempre em conta quais os mecanismos de produção que estão inerentes à informação a dados que se recebe. Igualmente os factos classificatórios assumem aqui um papel predominante. Não descuremos que estas classificações não são inocentes, nunca o foram, não será agora que o irão ser.

Entende-se a ideia dos factos classificatórios na questão dos refugiados, quando por exemplo entramos no Líbano e criamos incidentes diplomáticos de cada vez que usamos a palavra refugiados. Observe-se que neste território a palavra que deve ser usada é a de «deslocados» e não refugiados. Entra-se numa questão não apenas de semiótica mas também numa questão cultural enraizada, e por isso, para além de todas as definições jurídicas que possamos ter, leva-nos ao impedimento de dissociarmos daqui as questões culturais e de vivência em sociedade, nomeadamente de como estas sociedades interpretam e como assimilam estas populações.

Interrogamo-nos novamente, o que é que faz a distinção entre um refugiado e um deslocado? Será atravessar a fronteira?

Independentemente da questão jurídica, uma vez que esta nos obriga a pensar que refugiado é aquele que requerer asilo, a maior parte destas pessoas nem requerem rigorosamente nada, fogem simplesmente. Portanto, se não ficarmos vinculados a uma

definição jurídica muito restrita, conseguimos uma outra dimensão, que é como as sociedades percecionam e assimilam estes fluxos de população⁴.

Uma das batalhas que se trava permanentemente entre as autoridades libanesas e as autoridades europeias, é a própria questão da classificação das populações em questão. Depois existem outras questões que têm a ver não apenas com estas massas de população mas também com as especificidades dentro de cada uma das comunidades, e da imensa heterogeneidade que existe no contexto da população refugiada.

Desde logo, nós não estamos habituados a olhar para o Médio Oriente⁵ e ver comunidades católicas, estamos sim, habituados, a olhar para o Médio Oriente e ver uma massa de população muçulmana. Neste plano, podemos até falar de uma disputa de linguagem relativamente às minorias, que se verifica nomeadamente quando falamos sistematicamente nos cristãos do Oriente (que nos causa alguma impressão) dos orientais cristãos (já aqui não nos cria tanta interrogação e dúvida).

A fragmentação das próprias comunidades cristãs do Iraque (se estamos a falar de pessoas ou de uma comunidade inteira) e como as mesmas são entendidas, também constitui outro exemplo de subjetividade linguística e interpretativa de valores e conceitos.

Outro paradigma a ser analisado no presente trabalho é a política de tratamento dos refugiados em qualquer país da União Europeia. Se abandonarmos a ideia dos países do Maxereque e

⁴ Regulamento (CE) n.º 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006R0562:PT:HTML;>

⁵ International Journal of Refugee law, vol. 27, n.º 4, 2015, págs. 531 a 571; Younes, Ilham, “Le Statut des réfugiés pslestiniens”, Les Clés du Moyen-Orient, artigo publicado em 2014; Chatelard, Géraldine e Dorai, Mohamed Kamel, “Les Irakiens en Syrie et en Jordanie”, 2015;

nos centrarmos neste procedimento europeu, constatamos que invariavelmente esta questão é tratada como se de fluxos de população composta por sujeitos passivos se tratasse.

É muito fácil analisarmos isto de uma perspectiva que nem sequer é intencional, mas como os factos o comprovam, a política europeia reveste-se de um carater de aceitação ou rejeição dos refugiados, que em casos extremos, integra uma componente de superioridade face às comunidades que se deslocam. É como se não tivessem vontades, se não tivessem história, se não tivessem sexo, idade, se não tivessem família, e contexto.

A maior dificuldade quer do ponto de vista analítico, quer do ponto de vista de intervenção política, é o facto de desconstruirmos sistematicamente a ideia de que as políticas ou as análises devem ser desenhadas tendo à nossa frente ou ao nosso lado sujeitos que são tão ativos como nós e que não se trata de populações passivas.

Se nós assumirmos que não lidamos com sujeitos passivos, se assumirmos que são cidadãos como qualquer cidadão, teremos então que pensar num conjunto de questões que nunca são pensadas, as questões de intervenção política e de muita da análise a ser feita. Por exemplo, nunca se coloca a questão de como é que são formulados os processos de tomada de decisão de quem decide sair. Teoricamente quem foge de uma situação de guerra ou outra, nunca decide nada. Por muitos, é até considerada como uma espécie de fenómeno natural, uma intervenção divina.

E nós lidamos com isto!

É como se ninguém decidisse rigorosamente nada, não tivesse nenhum processo de tomada de decisão relativamente à saída ou à sua vida.

Como estamos habituados a olhar para números, fluxos e trajetórias (que são as dimensões que nos dão todos os dias), depois olhamos para a situação dos refugiados ignorando sistematicamente o papel das redes sociais nestas populações. Quando falamos em redes sociais falamos das redes familiares, profissionais, comunitárias, tribais, entre outras.

Pode-se olhar para um imenso número de perspectivas mas há uma ausência total de redes sociais e do papel das redes sociais quando olhamos para os refugiados.

Depois, ignora-se também, as decisões e as escolhas, porque se sabe de antemão (e bem!) que estas decisões e escolhas estão normalmente dependentes das circunstâncias. Contudo a questão é: pelo facto de existirem circunstâncias específicas e haver uma sujeição a constrangimentos, não quer dizer com isto, que as escolhas e as decisões não sejam tomadas no contexto onde claramente existem constrangimentos e onde há circunstâncias específicas.

Outro ponto importante, é quando se ignora que estamos a falar de pessoas que têm aspirações na vida como qualquer pessoa. E, mais silenciada ainda, é a questão da estratégia. Nenhuma destas pessoas tem uma definição de estratégia para a sua vida como qualquer comum dos mortais. A estratégia é uma coisa que está eliminada a partir do momento que decidem deixar o seu território e abandonar a sua casa, seja porque circunstância ou por que razão for.

Há muitas perguntas possíveis num mar de perguntas que deveriam ser sistematicamente colocadas quer do ponto de vista da investigação ou da pesquisa, quer do ponto de vista de quem faz trabalho político.

Desde logo, perceber nestas comunidades por muito numerosas que sejam, dado que são heterogéneas e diferenciadas, se estas se compõem de realidades diferentes, e em que medida as pessoas ou os grupos que as integram, podem ou não podem exercer uma escolha no que toca não só à temporalidade (destino de chegada, seja ele temporário ou definitivo) como também à decisão que é tomada.

Não ajuda em nada a forma como os próprios *mídia* constroem os fluxos, seja em resultado daquilo que é uma intervenção direta das instituições públicas, seja mesmo os caminhos que são pré-definidos ou de certa forma condicionados pelas organizações internacionais que estão no território, tais como a ACNUR⁶, UNICEF, entre outras.

⁶ ACNUR, Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar o Estatuto de Refugiado sob a Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados, Janeiro de 1992, HCR / IP / 4 / Eng / Rev.1, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3314.html>, para. 28; Alto Comissariado da ONU para os Refugiados (ACNUR), salvamento no mar,

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso” ...

Predomina aqui um conjunto de fatores que nunca são tidos em conta, nomeadamente como se opera a escolha do destino num contexto de guerra, quais os tipos de alterações que existem, ou como são as relações existentes do ponto de vista das relações de género e das relações intergeracionais. Se afetam ou não as decisões das pessoas, ou como é que elas são alteradas em função das decisões que são tomadas. Também como é que as relações de género intergeracionais afetam os próprios movimentos das pessoas, das famílias ou das comunidades.

2. União Europeia

A União Europeia, o conjunto de economias mais abastadas do mundo, cuja razão de ser foi a solidariedade e interdependência, vai dando respostas em tempo e generosidade muito diferentes⁷.

passageiros clandestinos e Maritime Interception: dezembro de 2011, 2nd Edition, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4ec087492.html>; Frontex Annual Risk – Analyses 2014. págs. 6-10. http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2014.pdf;

⁷Agenda Europeia da Migração (COM (2015) 0240. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2015:0240:FIN>; Comité Executivo do Programa do Alto Comissário, 18ª Reunião do Comité Permanente (CE / 50 / SC / CPR.17), 09 de junho de 2000 disponível em <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68d144.pdf>; Comissão Europeia, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o trabalho da Força-Tarefa do Mediterrâneo, em Bruxelas, 2013/04/12, COM (2013) 869final <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is->; COMUNICAÇÃO CONJUNTA AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO para um domínio marítimo global aberto e seguro: elementos para uma estratégia da União Europeia em prol da segurança dos mares/ JOIN/2014/09 final. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>; Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, Conselho, Economico e Social Europeu e ao Comité das Regiões a Agenda Europeia sobre Migração, COM (2015) 240 final. [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-) agenda-; Conselho da União Europeia, 2005, ponto 21; Conselho Europeu (1999) Conclusões da Presidência - Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de Outubro de 1999. <http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2003-170-jai->; Conselho Europeu (2004) Programa de Haia - Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia. In: Conselho Europeu de Bruxelas, 4 e 5 de Novembro de 2004, Conclusões da Presidência. <https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000021001->

Do nosso lado, sobredeterminamos o desfecho mesmo que não encontremos nenhuma solução para os problemas. Não precisamos de ter nenhuma resposta, nenhuma solução para sobredeterminar aquele que vai ser o desfecho de muitas histórias, seja ele temporário ou definitivo.

Sobredeterminamos o desfecho em função de várias questões, nomeadamente em função dos regimes que vigoram nos países de entrada/receção. O facto de se ter ou não ter legislação ou estatutos consagrados de refugiado, ou estatuto de asilo, ou seja o que for, faz toda a diferença, antecipa ou pode forçar um desfecho que é só um meio de caminho, mas pode forçar esse desfecho.

A forma como os regimes políticos do lado dos países de acolhimento vigoram e se organizam, caso do Líbano, da Jordânia, da Grécia, da Macedônia, da Dinamarca, ou da Suécia, e apesar de podermos encontrar padrões que nos sejam comuns, determinam também se vão ser criadas diferenciações ou não, se vão criar mais hierarquizações ou não, bem como a forma como serão percecionadas as comunidades e as populações que nos procuram.

Ao criar diferentes categorias de migrantes, e isto é uma coisa que é comum a todos os países recetores, independentemente da sua cultura e do regime político, a verdade é que todos criam estas categorias e impõem diferenciações entre

000022000/000021694.pdf ; Conselho Europeu (2004b) Programa de Haia - Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia; Convenção sobre o Direito do Mar, 10 de Dezembro de 1982: <http://www.refworld.org/docid/3dd8fd1b4.html>; Conselho Europeu, Conclusões do Conselho, em Bruxelas 25 de outubro de 2013, EUCO 169/13.<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-169-2013-INIT/pt/pdf>;

o que são os refugiados, os deslocados, os económicos, e por aí adiante.

Qualquer categoria que seja feita é uma categoria que acaba por produzir novas formas de estratificação e diferenciação social. Sabemos que nas comunidades de acolhimento ou de rejeição, infelizmente há uma regularidade social, ou seja, são aquelas que têm menos condições económicas que têm que se adaptar mais às regras que são impostas, e que têm que desistir mais dos seus projetos migratórios.

Esta teoria prevalece porque não consideramos que independentemente da condição socioeconómica possa existir um projeto de vida das populações refugiadas. Para os esmagadores pensamentos quem não tem dinheiro não tem vícios.

A Europa faz esta diferenciação continuamente, e reproduz um conjunto de divisões que já existem na sociedade, e que não deixam de existir, mesmo quando não estamos a lidar com comunidades que estão deslocadas ou que são refugiadas em resultado de contextos de guerra ou de privação total de condições materiais.

3. Questão Jurídica

No meio disto tudo, entra sempre a questão jurídica, andamos sempre com a burocracia ao lado, o que é ótimo. Ainda melhor é eurocracia, porque ajuda sempre a apanhar tempo para não fazer nada, e para ter todas as desculpas para a inércia.

Perdemos muito tempo a debater coisas, e nisto estamos a falar de asilo, ou percurso temporário, ou de trânsito (há muitos países que são de trânsito e não são de acolhimento). Há definições múltiplas de trânsito, onde se incluem as definições dos próprios autores, dos próprios agentes que se deslocam, e ainda as definições dos países onde chegam as pessoas.

Se não tivermos uma ideia comum, princípios mínimos comuns que permitam ter ferramentas para lidar com estas situações, iremo-nos sempre deparar com uma situação como aquela que vivemos atualmente, em que a esmagadora maioria desta população é considerada refugiada e entendida como tal, quanto mais não seja por definição.

Podemos até não ter uma base jurídica ou outra para aceitarmos a maior parte desta população, contudo deverá existir um estatuto comum, perante o qual, haja um reconhecimento e condições específicas de sobrevivência para este tipo de população.

A realidade mostra-nos o inverso. A sua situação é permanentemente reversível.

Este carater reversível de refugiado que justifica-se pela ausência de ferramentas, instrumentos, definições concretas, sejam boas ou más. Até podíamos criticar o estatuto europeu de asilo⁸, ou o estatuto europeu de refugiado, mas infelizmente não o podemos fazer, porque não existe. Portanto, não existindo definições concretas que permitam a porosidade dos próprios conceitos, das terminologias, das classificações que nós fazemos das pessoas, originamos uma faça uma cama perfeita para o medo.

A reversibilidade do estatuto de refugiado, é de tal ordem, que nós não temos nenhum pudor em achar normal que se possa confundir o debate entre refugiados e terroristas. A falta de porosidade vai até esse ponto e a reversibilidade do estatuto também.

Se não há direitos associados, se não há o mínimo de direitos, de condições para que os possamos questionar ou não, toda a fronteira estará aberta para mudar de uma categoria à outra, consoante seja o discurso dominante ou a verdade do discurso dominante.

4. Questão política e instituições

A oposição clara que se começava a manifestar em 2011 com a Primavera Árabe⁹, derrubando vários regimes ditatoriais no Médio Oriente, contraposta aos equilíbrios existentes na própria

⁸ Triandafyllidou, Anna, em “Muñti –levelling and externalizing migration and asylum: Lessons from the southern European Islands”, *Island Studies Journal*, Vol. 9, N.º 1, 2014, págs. 7-22. Disponível em <http://www.islandstudies.ca/sites/islandstudies.ca/files/ISJ-9-1-Triandafyllidou.pdf>

⁹ <http://expresso.sapo.pt/actualidade/primavera-arabe-aumentou-imigracao-ilegal=f683261>

sociedade síria advindos da diversidade e heterogeneidade que lhe são inerentes, permitia ainda assim o convívio entre vários sectores: o sector da sociedade laica; dos movimentos feministas, existentes em poucos países da região.

Por isto, se pensava que na altura, os conflitos se tivessem resolvido por si mesmos, através de uma resolução encontrada dentro da própria Síria pelos diferentes atores, de forma democrática.

Um país assente num regime democrático, que não é muito comum, em que se tem um Presidente legitimado por eleições, havendo manifestações, havendo oposição, tudo nos levava a crer que se poderia resolver de forma democrática.

Contudo, as instituições europeias com o intuito meramente obsessivo e ideológico, acabaram por concentrar na Síria todos os problemas, e daí a primeira decisão e a mais fundamental no processo da Síria foi a decisão europeia de enviar orçamento para todos os grupos de oposição, desvalorizando completamente o carater desses grupos de oposição, e aqui claro está, que houve um processo de ingerência direto.

Não foi criada uma guerra no sentido tradicional, mas foi criada uma guerra civil por outros meios, denunciando desta forma, a total irresponsabilidade na forma como decisões umas atrás das outras foram tomadas no sentido de armar as chamadas forças democráticas sírias ou de oposição democrática.

Acabou-se, por se armar as ditas forças de oposição democrática como também os grupos que vinham do Iraque e que se haviam deslocado do Iraque, e que, por sua vez, estavam concentrados na Síria. Atualmente se encontram concentrados na Jordânia e na Líbia.

Através de uma lógica de califado, estes grupos tinham interesse em fazer uma disputa territorial muito para além daquilo que nós conhecemos, tendo acabado por dar origem a conflitos direcionados para as próprias populações.

Elencamos a título de exemplo o ISIS – um grupo militar jihadista, que se aproveitou da confusão política e social para ganhar força e poder.

Motivados pelo objetivo de criar um califado islâmico, totalitário, rapidamente se tornou num dos grupos terroristas com maior impacto dos últimos tempos.

Utilizando com mestria as modernas técnicas de propaganda, publicita as torturas, execuções em massa e sucessivos ataques letais e civis, criando uma onda de terror e ganhando enorme visibilidade.

Face a isto facilmente chegamos à conclusão que fomos os maiores promotores da criação do auto proclamado Estado Islâmico, armámos estes grupos quando eles tinham a força, a vontade, a estratégia e o plano, mas não tinham armamento necessário.

Depois também acabámos por armar até a própria *Al Qaeda* do Levante e a *Al-Nusra*, um grupo que tem o mesmo tipo de intervenção que tem o Estado Islâmico ou o auto proclamado Estado Islâmico.

Do que se pensou, que poderia supostamente ser resolvido por vontade e determinação do povo sírio, acabou por se tornar numa enorme guerra civil, à qual, se veio a juntar, posteriormente, a ocupação de grande parte do terreno dos grupos terroristas.

A população da Síria ficou encurralada entre o exército do regime de Assad, grupos radicais e extremistas.

Com uma população de quase 22 milhões de pessoas em 2011, assistiu desde essa data à deslocalização de mais de 12 milhões de pessoas, sendo que dessas, mais de 4 milhões foram forçadas a abandonar o país, ao que se soma 95% dos refugiados que fugiram para os países vizinhos: Turquia 1,5 milhões; Líbano 1,1 milhões; Jordânia 600 mil e o Egito com 142 mil.

Confrontados com o enorme fluxo de refugiados¹⁰, muitos países europeus recusam-se a aceitar e fecham os olhos à situação que eles próprios criaram.

¹⁰ Parlamento Europeu, Resolução de 23 de outubro de 2013 sobre os fluxos migratórios no Mediterrâneo, com especial atenção para os trágicos acontecimentos de Lampedusa, 2013/2827 (RSP), de 2013. [http://www.europarl.europa.eu/ocil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2013/2827\(RSP\)](http://www.europarl.europa.eu/ocil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2013/2827(RSP))

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso” ...

Em 2014, toda a União Europeia aceita 420 mil refugiados. No início de 2015 a Alemanha face à crise que tinha entre mãos, aceitou receber 800 mil refugiados, contudo, e só no final de setembro deste mesmo ano, é que se chegou finalmente a acordo (sem unanimidade) para receber cerca de 120 mil refugiados.

Aprova-se também o investimento no apoio aos países vizinhos da Síria, e o reforço com cerca de mil milhões de euros para o ACNUR e Programa Mundial Alimentar, para fazerem frente ao drama humanitário.

Em 2016, os líderes da União Europeia chegaram a acordo com a Turquia sobre o mecanismo de apoio a refugiados. Todos os migrantes que entrassem ilegalmente na Grécia regressariam à Turquia.

A agência de refugiados da ONU diz que um acordo provisório fechado entre a Turquia e a União Europeia para por fim à migração descontrolada para a Europa violaria leis internacionais.

Sob o acordo, a Turquia receberia de volta migrantes ilegais¹¹ chegando a ilhas gregas, em troca, a União Europeia acolheria refugiados sírios que estivessem em campos na Turquia. A implementação deste acordo viria a começar posteriormente à Amnistia Internacional ter levantado o dedo às autoridades turcas, com a acusação das mesmas estarem a enviar sírios de volta para o seu país em guerra, transformando tudo isto numa clara e grave violação do direito internacional.

Por sua vez, o governo turco no seguimento do seu acordo com a Grécia já garantiu que todos os refugiados que não fossem sírios seriam reenviados, enquanto os sírios seriam colocados em campos de refugiados, permanecendo aí, aguardando a integração na União Europeia do chamado plano “um-por-um”. Ou seja, em troca do acolhimento das referidas pessoas, a Turquia viu a ajuda financeira europeia ser aumentada e até subscreveu a possibilidade de se reabrir as negociações a propósito da sua adesão à União Europeia.

¹¹

http://www.bbc.com/portuguese/videos_e_fotos/2016/03/160311_aprenda_r_efugees_vale

5. Princípio do *Non refoulement* à luz do último acordo

A análise do princípio do *non refoulement*¹² no processo deste último acordo com a Turquia: direito à vida e à integridade física, é colocado em causa.

Este princípio que encontra assento expresso no Direito Internacional (*Jus Cogens*), prevê a obrigação de todos os Estados consagrarem, garantirem e protegerem os direitos humanos¹³ de todos os indivíduos que se encontrem sob a sua jurisdição, sejam eles cidadãos nacionais, ou cidadãos de países estrangeiros – incluindo migrantes - independentemente do seu estatuto, bem como refugiados, e proíbe a transferência¹⁴ de uma pessoa para um país onde existam razões de acreditar que será sujeita a tortura ou a tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes. Foi oficialmente consagrado na **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRSR) em 1951**¹⁵ e por força da sua origem jusinternacional “*non refoulement*” e de acordo com o artigo 19.º, n.º 2 da **CDFUE**, “*ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanas ou degradantes*”

¹² Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a jurisdição extraterritorial da CEDH julho de 2011, disponível em <http://www.refworld.org/docid/4e31312d0.html>

http://direitoshumanos.gddc.pt/acordaos/GuiaPAdmissibilidade_Indice.pdf; Corte Europeia de Direitos Humanos (TEDH). Caso Hirsi Jamaa e outros v. Italy (Aplicação n.º [27765/09](#)), parágrafos 85, 87, 90, 139, 140 e 141; Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Caso Shaughnessy v Mezei, 345 US 206 (1953), 23 de setembro de 1953, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4152e10024.html>.

¹³Regulamento da Convenção Internacional de Direitos do Homem <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>;

¹⁴ REGULAMENTO (UE) n.º 516/2014 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 16 de abril de 2014 institui a asilo, migração e Fundo para a Integração, que altera a Decisão 2008 / 381 / CE e que revoga as Diretiva 2008/115 / CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros comuns em situação irregular. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32008L0115>;

¹⁵ Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de Julho de 1951, das Nações Unidas, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>;

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso” ...

A **CRSR** fornece a base para o tratamento de refugiados, e o seu artigo de maior relevância é o artigo n.º 33.º, n.ºs 1 e 2 que refere: 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou reconduzirá ('refouler') um refugiado sob qualquer forma, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou opinião política.

Face à lentidão de processos políticos ainda que ineficazes para encontrar uma solução, o apoio dos refugiados tem sido impulsionado pelas sociedades civis dos Estados. Entre os Estados-membros não há acordo em criar estratégias mais eficientes devido também à situação mercantil com os refugiados e aos concorrentes interesses e compromissos históricos dos diferentes países europeus em relação a África. A Inglaterra não participa na Frontex¹⁶.

6. Considerações finais

Por isto, num quadro das respostas urgentes, em primeiro lugar está obviamente a premissa de que temos que perceber questões muito básicas do funcionamento da Humanidade.

Nenhuma arma que matou seja em Londres, Bagdad, Beirute, Damasco, Alepo, França (...), é uma arma que não seja

¹⁶ Annelise, Baldaccini, , “Extraterritorial Border Controls in the EU : the Role of Frontex in Operations at Sea”, em B.Ryan and V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control : Legal Challenges*, Leiden, Nijhoff, 2010, págs. 229-256; Arias Fernández, G., “Frontex and Illegal Immigration in the European Union”, in J.M. Sobrino Heredia (ed.), *Sûreté Maritime et Violence en Mer = Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 29-46; Baldaccini, A., “Extraterritorial Border Controls in the EU : the Role of Frontex in Operations at Sea”, em B.Ryan and V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control : Legal Challenges*, Leiden, Nijhoff, 2010, pp. 229-255; <http://antonio-justo.eu/?p=3119>; REGULAMENTO (UE) n.º 656/2014 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 15 de maio de 2014, que estabelece regras para a vigilância das fronteiras marítimas externas no contexto da cooperação operacional coordenada pela Agência Europeia para a Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:189:FULL&from=EN>;

de marca europeia ou americana. Talvez aqui esteja a raiz mais urgente do problema que ninguém quer lidar com ele.

A outra questão urgente tem a ver com o próprio papel da Turquia neste processo. Nós podemos falar com as diferentes autoridades destes países e até com muita regularidade, sejam autoridades do ponto de vista organização do território do Estado, sejam autoridades religiosas, que todas elas dirão “Afastem lá a ideia de que isto é uma guerra dos Muçulmanos contra os outros, ou dos Muçulmanos contra os católicos ou cristãos”.

Portanto, é uma guerra que não se pode dizer que seja de potências regionais, está mais generalizada dado que cada uma das potências regionais tem os seus aliados, e onde a Turquia desempenha um papel fundamental, nomeadamente de agente duplo no escoamento do crude que é explorado por 12 poços de petróleo situados na Síria e no Iraque pelo auto proclamado Estado Islâmico, e que é obviamente a seguir ao armamento, a maior fonte de financiamento.

Os países europeus compram este crude a preços baixíssimos e contribuem dessa forma para o financiamento.

Outra urgência, passa pelo acolhimento das pessoas que nos procuram. Quando começamos a questionar se temos ou não temos capacidade na União Europeia, em 28 países, para acolher um milhão de refugiados, é porque já perdemos o chão na maior parte das coisas. Nem sequer em termos comparativos se pode justificar a falta de capacidade de absorção. O Líbano tem 2 milhões de pessoas, e se nós fôssemos a fazer a comparação em termos da população, seria a mesma coisa que ter 5 milhões em Portugal. Ou se fôssemos a fazer a comparação em termos da área do território era a mesma coisa que ter 20 milhões de refugiados em Portugal.

Portanto, já nem é pela questão territorial ou pela questão da população ou de comparação com estes países que tudo se justifica. A Jordânia tem 30%, o resto à volta não existe (convínhamos), a Turquia que tem quase 3 milhões de refugiados mas que é uma população maior e mais diluída, não tem o mesmo peso como tem a sociedade libanesa ou jordana. De facto, a questão em causa e à qual se deve dar atenção, é ao processo que de fronteiras que está fechado. A União europeia tem de perceber

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso” ...

que a esmagadora maioria das pessoas que sai, sai para fugir à guerra, ao terrorismo, ou até para tentar encontrar uma solução de vida, não tendo nenhum gosto em ser estranho na terra dos outros, porque ninguém os quer, a verdade é esta.

O acordo último da Turquia sob este ponto de vista, é absolutamente vergonhoso, porque é a assunção clara por escrito e formal, que não os queremos e portanto os recambiamos para a Turquia, que por sua vez faz jogo duplo, e ainda pagamos para isto.

Pagamos e gastamos muito mais do que gastaríamos a receber os refugiados em condições minimamente dignas, esta é que é a questão.

A fatura que se paga à Turquia é muito mais elevada do que essa do referido acolhimento, a primeira tranche é de três mil milhões de euros, a segunda mais três mil milhões. Ou seja, pagamos todos para recambiar para Turquia. Para um país que não tem nenhuma obrigação em respeitar os direitos humanos. A única obrigação que tem em matéria de respeito pelos direitos humanos para refugiados, prende-se com os refugiados europeus, sendo a única Convenção assinada.

Assim, nós criamos dentro do espaço europeu uma espécie de Guantanamo, para o qual, viríamos a assumir o pagamento para a sua existência. É grande a hipocrisia para não aceitarmos estes refugiados com o lema de “ou fica na Turquia ou é recambiado à origem, vão lá morrer longe, desde que não vejamos está tudo em ordem!”.

Esta hipocrisia é tão grande que a não-aceitação de um milhão de pessoas, tem em troca, a flexibilização de oitenta milhões dos vistos para os cidadãos turcos poderem circular na Europa como cidadãos europeus. A falsidade dos poderes dominantes chega a este ponto, conseguem convencer as pessoas do despacho de um milhão de pessoas, que constituem uma ameaça, e que por isso, preferem flexibilizar os vistos de oitenta milhões do que receber um milhão nos países da União Europeia. Nesta fase, o que aqui se associa à imagem de ameaça e terrorismo são os refugiados não são os turcos.

Em relação às questões humanitárias, infelizmente continuamos a fazer exatamente o que sempre fizemos, que é

outsourcing. Fizemos *outsourcing* em relação aos migrantes da África Subsaariana quando tínhamos amigos espetaculares no Norte de África – *Benali, Kadafi, Mubarak*, e portanto concretizava-se as compras de *outsourcing*. Através destas, não se calculava quantas pessoas eram mortas, as que não chegavam ao outro lado, e como eram tratadas. Desde que fossem contidas no Norte do Mediterrâneo para os europeus estava tudo bem. Havia de vez em quando alguns problemas, nomeadamente quando alguém tinha a ousadia de se atirar ao Mediterrâneo e muita gente perdia a vida neste mar. Paralelamente continua-se a perder.

Com o fim destes regimes ditatoriais estamos na realidade a dar continuidade ao sistema da espécie de *outsourcing* com base nas organizações internacionais. Desde que se segurem os 2 milhões no Líbano, 1 milhão na Jordânia, o lema é transferir o máximo possível de apoios comunitários a todas as organizações que operam no terreno, mesmo que as pessoas já não consigam viver no meio do lixo, da falta de água, da falta do mínimo de condições. E, estamos a falar de países bastante mais pobres do que qualquer país da União Europeia. Portanto, desde que se segurasse as pessoas nestes territórios estaria tudo bem, o problema, foi quando de facto estes territórios começaram a ficar esgotados. Este problema surgiu por questões de esgotamento do próprio território e da capacidade de absorção, e as organizações internacionais não sabem viver bem com isto, nem lidam bem com isto. Criou-se uma lógica de profissionalização e de dependência da catástrofe e do desastre, para a sobrevivência das organizações. Não se fala com os dirigentes das organizações internacionais, seja a UNRA que lida com os refugiados palestinianos, seja a ACNUR, seja a UNICEF, e contudo, ninguém está contente com a presente situação.

Toda esta tragédia humanitária pressupõe ter uma resposta de urgência, temporária, limitada no tempo e limitada no espaço. Não é suposto imperar a permanência, sendo certo que o que existe, é o estado de permanência, do caos humanitário.

O que falta aqui é a vontade política e mais do que esta é rever basicamente os acordos internacionais que foram feitos, no sentido, de os pôr em prática, e que supostamente devam vigorar relativamente ao respeito pela vida, pela dignidade humana. Tudo

muito esquecido porque há sempre negócios que falam mais alto do que o respeito por estas premissas, desvaloriza-se o que é relativo ao ser humano – respeito pelo ser humano.

Em relação às fontes de informação é possível a manipulação das redes. Não devemos ser provocatórios mas de facto o medo verdadeiro deverá ser tendencialmente mais dirigido ao *mídia* do que à manipulação feita pelas redes sociais. O que passa pelas redes sociais, pelo menos, não tem a chancela de dizer que é a informação oficial rigorosa, e que tem que corresponder a um conjunto de padrões.

O que nos deve assustar mais na boa verdade, é a manipulação organizada e esta é muito mais esmagadora, dado que nos permite aceitar numa lógica de medo, que o acordo que mexe com a Turquia, é razoável. É praticamente a mesma manipulação que aceitou votar o encerramento do Espaço Schengen. Quando falamos de refugiados e de deslocados, associa-se a um problema de segurança, de um problema de terrorismo, e deduzimos “Vamos lá fechar fronteiras”.

No entanto, este procedimento que é aceite pelas pessoas como sendo uma medida essencial no combate ao terrorismo, não tem evitado nenhum atentado terrorista no espaço europeu.

Como contrassenso ao cerrar de fronteiras no Espaço Schengen¹⁷, falemos da manipulação de informação que aceita o registo de passageiros aéreos (votado e aprovado) e que constitui uma coisa inacreditável. Todos nós iremos passar pela figura de suspeitos de sermos terroristas. Perdemos nossas liberdades, um conjunto de direitos e a capacidade de mobilidade que temos. A livre circulação de pessoas passa ser uma fantasia, e, quando se fazem sondagens de opinião, por exemplo, sobre o *Passanger Name Record* (PNR) – Registos dos Passageiros, a maioria das pessoas é favorável a este sistema.

¹⁷ Decisão do Conselho, de 26 de Abril de 2010, que completa o Código das Fronteiras Schengen no que diz respeito à vigilância das fronteiras marítimas externas no contexto da cooperação operacional coordenada pela Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia.

Isto é aceite socialmente ficando para trás todos os voos privados, os charters e os voos das grandes companhias, porque de facto entre gente rica não há quem faça terrorismo, nem lavagem de dinheiro, nem corrupção, como todos nós sabemos!

Vamos gastar, não sabemos ao certo, quantos milhões de euros num registo, que nos tolda as liberdades e que nos tolda a privacidade em nome do combate ao terrorismo. Tudo que for em nome do combate do terrorismo, vende-se.

Outro ponto importante e que merece atenção, é o facto, de que, todos temos conhecimento das situações que se estão a passar no território europeu, sabemos da quantidade de refugiados que está a ser colocada em campos de concentração. Sabemos o que se está a passar na Macedónia de coserem a boca às mulheres e crianças, porque estas como toda a gente sabe, gritam muito e pedem muitas coisas. Sabemos do confisco das joias na Dinamarca, sabemos do confisco de tudo o que são bens na Áustria. Sabemos da selva em *Calé* no coração de França e da situação dos refugiados, onde as pessoas vivem na lama, e não fazemos nada em concreto para alterar todas estas situações.

Estas situações têm uma dimensão geopolítica muito forte, por um lado temos de pensar no conflito sírio e nas negociações do processo de paz, nas conversações de Genebra e a rotura das mesmas, e por outro que as fronteiras estão a estreitar-se por causa das questões geopolíticas e de geoestratégia. Do lado europeu as fronteiras estão-se a fechar, do lado sírio também se cerram mas por razões geopolíticas e geoestratégicas.

Visualizamos o Líbano que é pequeno e as suas fronteiras estão fechadas, porque como já se analisou, a sua capacidade, esgotou-se. Depois temos Israel, a Jordânia com as fronteiras estão fechadas porque 30% da população já é refugiada. A norte temos os bravos curdos e temos a Turquia que acabou de assinar um acordo com a União Europeia, e mesmo assim tem quase 3 milhões de refugiados.

Por isto, comecem a chegar à Europa. O Iraque está ainda em guerra, e tem mais refugiados do que tem a União Europeia no seu conjunto.

Por sua vez, o Irão tem duas missões neste momento: 1) reposicionar-se em termos geopolíticos a partir do acordo nuclear

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso” ...

que assinou com os EUA, e portanto, longe de se meter em grandes complicações. Este reposicionamento resitua-se no contexto da comunidade internacional, e assim, não intervém grande coisa. Vai tentando e enquanto ninguém vê, destruir algumas bases. Utiliza-se dessa lavagem de imagem, desse reposicionamento, mantendo obviamente ligações com o regime de *Basbar Al Assad*. Ainda recentemente nas eleições para o Parlamento sírio no dia 13 de maio de 2016, não foi surpreendente que o partido de *Al Assad* tivesse tido 80% dos votos (70% de participação dos territórios que estão livres).

Se formos para a Península Arábica e nestes termos se falarmos da Arábia Saudita, ou se falarmos dos Emirados Árabes Unidos – Qatar a título de exemplo, constatamos que são o caminho, que traz as armas da França, da Inglaterra e dos EUA, e as faz chegar ao Estado Islâmico e aos Russos.

Os refugiados por causa deste jogo duplo, começam a vir para a Europa, não têm mais para onde ir, e portanto o conflito a ser de algum tipo é um conflito regional com ramificações mundiais. É por isto que não há políticas comuns europeias a este nível. Os próprios países europeus estão divididos nas suas vinculações regionais e nas opções que tomam, e neste contexto é difícil encontrar alguma solução a não ser que haja vontade política e uma posição de força em relação a quem pode lidar com as causas e com as consequências.

E sobretudo não fazer como a França fez na semana dos atentados, atribuir o equivalente à ordem do Infante ao príncipe saudita. Razão: deveu-se ao aumento significativo da colaboração comercial entre os dois países nos últimos dois anos, tendo por base a eventual venda de armamento e que permitiu equilibrar de certa forma, a balança comercial francesa.

Por outro lado e sob uma visão eleitoral, na Europa radica uma base social de apoio da extrema-direita francesa, que é muito feita, pelas comunidades de imigrantes. Temos tido um desvio do ponto de vista ideológico, de tal forma, que se aproxima cada vez mais das cedências de uma direita conservadora mas que não é tradicionalmente xenófoba e racista para tratar evitar o crescimento desta corrente, e assim esta cresce e a outra não.

Destroem-se no entanto outros setores de pensamento da sociedade.

Nos espaços de decisão à escala europeia, há uma ausência crónica da democracia, e que é preciso resgatar. Não há nenhuma legitimidade na tomada de decisões, não há nenhuma transparência. A política é um facto consumado, e os órgãos que têm mais poder, são cada vez mais degenerências dos órgãos que compõem a arquitetura europeia. Falamos do Eurogrupo e do Banco Central Europeu, nomeadamente quando este último atua fora do seu mandato, tem muito mais poder do que o Parlamento ou Comissão Europeia. Isto é um mecanismo muito perverso que cria dependência e assim quem está no poder não tem interesse em devolver esse poder a quem deve estar, nas mãos das pessoas e dos cidadãos.

Concluindo, continuamos imbuídos numa lógica securitária, de não-aceitação e de construção mais fácil e agilizada.

É neste cenário que a União Europeia deve tomar a iniciativa (autoproteora) de persuadir os principais atores da cena política internacional, com diferentes e por vezes divergentes interesses na região, para a emergência de uma intervenção conjunta no sentido de pacificar e desenvolver o continente africano sob pena de agudização dos conflitos. E não criar acordos absolutamente ilegítimos do ponto de vista da dignidade humana, com o fim único de atender aos demais interesses legítimos dos *lobbies* políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: POLÍTICAS, FILOSÓFICAS, DIREITO

Abreu, Alexandre, *AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS E O DESENVOLVIMENTO DOS PAÍSES DE ORIGEM - Impactos e Políticas*, Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento e Cooperação Internacional, apresentada à Universidade Técnica de Lisboa, 2006, pág. 17-20.

http://www.oi.acidi.gov.pt/docs/Colec_Teses/tese_28.pdf;

Refugiados, a União Europeia e suas fronteiras. “Breve discurso” ...

Annelise, Baldaccini, , “Extraterritorial Border Controls in the EU : the Role of Frontex in Operations at Sea”, em B.Ryan and V. Mitsilegas (eds.), *Extraterritorial Immigration Control : Legal Challenges*, Leiden, Nijhoff, 2010, págs. 229-256;

Arias Fernández, G., “Frontex and Illegal Immigration in the European Union”, in J.M. Sobrino Heredia (ed.), *Sûreté Maritime et Violence en Mer = Maritime Security and Violence at Sea*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 29-46;

REFERENCIAS LEGISLATIVAS

Agenda Europeia da Migração (COM (2015) 0240. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=COM:2015:0240:FIN>

Comitê Executivo do Programa do Alto Comissário, 18ª Reunião do Comité Permanente (CE / 50 / SC / CPR.17), 09 de junho de 2000 disponível em <http://www.unhcr.org/excom/EXCOM/3ae68d144.pdf>;

Lei 23/07 de 04 de Julho, Lei do SEF;

Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de setembro;

Decreto Regulamentar n.º 86/2007 de 12 de dezembro;

Decreto –lei n.º 185/2014 de 29 de dezembro;

Decreto – lei n.º 15/94, de 22 de janeiro;

REFERENCIAS JURISPRUDENCIAIS

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a jurisdição extraterritorial da CEDH julho de 2011, disponível em <http://www.refworld.org/docid/4e31312d0.html> e http://direitoshumanos.gddc.pt/acordaos/GuiaPAmissibilidade_Indice.pdf;

Corte Europeia de Direitos Humanos (TEDH).Caso Hirsi Jamaa e outros v. Italy (Aplicação n.º [27765/09](#)), parágrafos 85,

87, 90, 139, 140 e 141;

Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Caso *Shaughnessy v Mezei*, 345 US 206 (1953), 23 de setembro de 1953, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4152e10024.html>.

REFERENCIA A REVISTAS JURÍDICAS

International Journal of Refugee law, vol. 27, n.º 4, 2015, págs. 531 a 571;

Younes, Ilham, “Le Statut des réfugiés palestiniens”, *Les Clés du Moyen-Orient*, artigo publicado em 2014;

Chatelard, Géraldine e Dorai, Mohamed Kamel, “Les Irakiens en Syrie et en Jordanie”, 2015;

Triandafyllidou, Anna, em “*Muiti –levelling and externalizing migration and asylum: Lessons from the southern European Islands*”, *Island Studies Journal*, Vol. 9, N.º 1, 2014, págs. 7-22. Disponível em <http://www.islandstudies.ca/sites/islandstudies.ca/files/ISJ-9-1-Triandafyllidou.pdf>;

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência constitucional alemã para a jurisprudência constitucional brasileira

THIAGO SANTOS ROCHA¹
Universidade de Lisboa (Portugal)

INTRODUÇÃO

No Brasil, a crescente judicialização de questões relativas a direitos sociais, por parte daqueles que entendem serem falhas as prestações estatais na promoção de políticas públicas, tem sido acompanhada, de outro lado, pela argumentação dos entes estatais pautada na escassez de recursos, muitas vezes valendo-se da cláusula da reserva do possível.

Assim, cada vez mais cidadãos que entendem que seus direitos a educação, a saúde, a moradia, dentre outros, são violados, batem à porta do Poder Judiciário para solicitar que este determine que os Poderes Legislativo e/ou Executivo implementem os atos necessários à satisfação de suas pretensões.

Por sua vez, o Poder Judiciário não pode deixar de se manifestar sobre as questões que lhe são apresentadas sendo que, o primeiro cuidado a ser tomado, é o referente à não interferência na competência constitucional dos outros Poderes.

Frise-se que o Estado Social, em situação de normalidade, é marcado pela escassez moderada, mas não absoluta, de recursos. Desse modo, a reserva do possível implica, mesmo ao Estado mais comprometido com a realização dos direitos sociais, em uma

¹ Mestrando em Direito e Ciência Jurídica – Especialidade de Direitos Fundamentais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Consultor jurídico *ad hoc* para Direito Público da Ernst & Young. E-mail: tsrocha@gmail.com

política de prioridades.² Em outros termos, haverá sempre limitado dinheiro para realização de ilimitadas demandas dos cidadãos, cabendo ao Estado definir, respeitados os termos constitucionais, a destinação dos recursos.

Neste contexto, a cláusula da reserva do possível, originariamente concebida na jurisprudência constitucional alemã, tem sido elemento presente nos pedidos apresentados pelos órgãos públicos, bem como nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

Desta forma, grande relevância assume a compreensão dos elementos jurídicos e fáticos que envolveram a origem e evolução da reserva do possível na Alemanha. A partir disto, pode-se melhor compreender alguns aspectos característicos das referências a tal cláusula na jurisprudência brasileira.

1. Origem e evolução da cláusula da reserva do possível na jurisprudência constitucional alemã

A cláusula da reserva do possível tem sua criação atribuída à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) que, no acórdão *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303), proferido em 18 de julho de 1972, analisou, por via de controle concreto, a constitucionalidade de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970.

Antes de se adentrar nos principais componentes do acórdão *Numerus Clausus*, importante descrever alguns aspectos relevantes do contexto no qual tal decisão fora proferida.

No final da década de 1960 houve considerável salto no número de interessados em cursos superiores na Alemanha, em especial aos cursos de medicina, não estando a estrutura das universidades apta a absorver este súbito aumento de demanda.

Em razão do exaurimento da capacidade de admitir todos os interessados aos cursos superiores de medicina, foram

² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2010, p. 91.

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

estabelecidas limitações absolutas de admissão (*Numerus Clausus*) às universidades. As vagas foram distribuídas, basicamente, seguindo os critérios de desempenho no ensino médio (*Abitur*) e tempo de espera pela vaga. Como consequência, 71% dos interessados viram frustrado seu interesse em acesso aos cursos de medicina.³

Esta questão foi levada ao judiciário pelos indivíduos que entendiam que tais limitações afrontavam o seu direito previsto no artigo 12, I, da Lei Fundamental Alemã (*Grundgesetz*), que trata da liberdade profissional e dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional”.

Ao julgar, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que pela constitucionalidade da legislação relativa ao *Numerus Clausus* absoluto para ingressante na universidade, desde que ele atenda determinados requisitos, conforme exposto na ementa:

“1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: Numerus Clausus absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.

2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art. 12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.

3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma especialização são constitucionais, somente se:

³ GAIER, Reinhard. “Pretensões Positivas Contra o Estado e a Reserva do Possível na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”, in CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha, Thompson Flores, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários*, 27, 2011, p.14, disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/>
CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecader noscej-27brasil-alemanha.pdf, último acesso em 06 de dezembro de 2016.

a) *elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e*
 b) *houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.*

4. *O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação [ato administrativo] de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.*

5. *O § 17 da lei universitária de Hamburgo de 25 de abril de 1969 é incompatível com a Grundgesetz; quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha.”⁴*

Ao fundamentar sua decisão, considerando o acima transcrito direito previsto no art. 12, I, da Lei Fundamental Alemã, o TCF considerou não estar apenas perante um postulado original da garantia de direito fundamental da liberdade em face do Estado, mas também diante da exigência complementar pela outorga de direito fundamental da participação (*grundrechtliche Verbürgung der Teilhabe*) em prestações estatais. Isto porque o acesso ao ensino e à formação profissionais, por mais que estejam relacionados com a liberdade de escolha da profissão, com esta não se confunde.

⁴ Considera-se a tradução da decisão disponível em SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667. Para conferir no idioma original, v. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>.

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

Assim, o que demandavam os postulantes era que o Estado cumprisse um dever de promoção do direito fundamental, um dever de agir positivo (“fazer”), consistente na construção de estruturas que permitissem a ampliação do número de vagas de modo a permitir à integralidade dos interessados o acesso ao curso superior de medicina. Não se tratava apenas de o Estado atender seu dever negativo de respeito ao direito fundamental, o que restaria caracterizado pelo “não fazer”, ou seja, pela não imposição de estruturas lesivas à liberdade de escolha de profissão do indivíduo, o que lesaria o direito de resistência (*Abwehrrechte*) do cidadão contra o Estado.

Ao se opor à opinião geral de que o direito de acesso ao curso universitário deve se limitar às vagas e cursos e já existentes, o TCF deixou claro que, se a análise constitucional se restringisse à participação naquilo que já existe, não haveria qualquer dificuldade a dirimir.

Em se tratando de participação nos benefícios do Estado Social, notadamente aqueles que de alguma forma envolvam vantagens financeiras, consequências posteriores de uma limitação aos meios disponíveis podem ser razoavelmente redistribuídas. Todavia, o *Numerus Clausus* absoluto conduziria à gritante desigualdade de que parte dos candidatos tudo recebe, enquanto a outra parte nada recebe, ao menos por um período que pode ser decisivo para a tomada de decisão profissional.

Seguindo em sua fundamentação, o TCF pela primeira vez refere-se à ideia da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), nos seguintes termos:

“Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral.

A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros. (...) Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado social. ”

Diante do exposto, algumas relevantes considerações devem ser expostas sobre a cláusula da reserva do possível, tal como originalmente preconizada no Acórdão *Numerus Clausus*:

- a) A reserva do possível aplica-se aos direitos sociais de participação, ou seja, àqueles que impõem ao Estado um dever positivo de promoção. A *contrarii sensu*, não seria aplicável quando se tratem de direitos que impõem ao Estado deveres negativos, de respeito ou proteção;
- b) Os direitos sociais de participação não estão restritos ao acesso às estruturas existentes em cada caso. Disto depreende-se que, em tese e a depender da observância de outros critérios, seria possível demandar ao Poder Judiciário que determine aos outros poderes a criação de estruturas para efetivação de direitos sociais de participação;

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

- c) A reserva do possível recai, antes de qualquer análise sobre aspectos financeiros de sua exequibilidade, sobre a racionalidade do pedido. Em outros termos, a primeira análise a ser feita é sobre se aquilo que o indivíduo demanda do Estado/sociedade é racional e razoável;
- d) É do Poder Legislativo a competência para definição da lei orçamentária, buscando a harmonização econômica geral, não podendo, todavia, eximir-se da promoção das políticas públicas constitucionalmente definidas (no caso concreto, a expansão das estruturas de ensino);
- e) Deixar a execução da política pública à mercê da variável demanda individual, leva a equivocado entendimento da liberdade, haja vista o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade ser incompatível com a ideia do Estado Social.

Após o Acórdão *Numerus Clausus*, a cláusula da reserva do possível ganhou grande relevância na jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, sobretudo em temas envolvendo a prestação social do Estado, tais como nos casos exemplificativos a seguir.

Tal cláusula fora levantada como fundamento para diversas decisões do Tribunal sobre, por exemplo, a amplitude da assistência devida pelo Estado a famílias com crianças, em demandas levadas ao Poder Judiciário com fundamento no art. 6º, inciso 1 da Lei Fundamental Alemã, que dispõe que “o matrimônio e a família estão sob a proteção especial da ordem estatal”.

Em acórdão de 1990, sobre a redução do auxílio-criança para pais abastados, o Tribunal Federal Alemão decidiu que prestações financeiras do Estado de incentivo à família também devem observância à reserva do possível. Como critério delimitador, estabeleceu-se que determinada prestação estatal estaria fora do alcance da reserva do possível caso se tratasse uma inadequação evidente para promoção do direito constitucionalmente previsto.

Já em 1992, ao manifestar-se sobre pretensão igualmente fundada no art. 6º, inciso 1, da Lei Fundamental Alemã, que intentava incluir o tempo sem contribuição previdenciária dedicado aos cuidados dos filhos na contagem para fins de aposentadoria, mais uma vez o Tribunal pautou sua decisão na cláusula da reserva do possível. Todavia, nesta oportunidade, acrescentou aos fundamentos da decisão o caráter da autolimitação judicial da reserva do possível, ou seja, considerou tal cláusula uma forma da Corte Constitucional reconhecer que não pode intervir na área reservada pela Constituição à livre conformação política.⁵

Em 2004, mais uma vez o Tribunal Federal Alemão mencionou a cláusula da reserva do possível, desta vez ao analisar a constitucionalidade da lei que tratava de auxílio a viúvos e viúvas das vítimas de morte violenta que estivessem cuidando de filhos comuns. Questionava-se a não concessão de tal auxílio nos casos de pai e mãe de filhos ilegítimos. Na oportunidade, embora tenha reconhecido a inconstitucionalidade da lei por ferir o princípio da igualdade, o Tribunal destacou a cláusula da reserva do possível para lembrar que não é dever do Estado compensar todo e qualquer gravame financeiro do cônjuge remanescente.

2. Introdução e evolução da cláusula da reserva do possível na jurisprudência constitucional brasileira

No Brasil, a primeira referência direta à teoria da reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) ocorre no voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da IF470-5, cujo pedido era a intervenção federal no Estado de São Paulo, tendo em vista o não pagamento de valor requisitado em precatório.

⁵ GAIER, Reinhard. “Pretensões Positivas Contra o Estado e a Reserva do Possível na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”, in CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, *II Seminário Internacional Brasil-Alemanha*, Thompson Flores, *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários*, 27, 2011, p.19, disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/sericcadernoscej-27brasil-alemanha.pdf>, último acesso em 06 de dezembro de 2016.

Após mencionar o Acórdão *Numerus Clausus* do Tribunal Federal Alemão como uma referência no âmbito da reflexão sobre o impacto da proteção dos direitos fundamentais e da redução das desigualdades sociais, o Min. Gilmar Mendes expõe que:

"Com efeito, não se pode exigir o pagamento da totalidade dos precatórios relativos a créditos alimentares sem que, em contrapartida, se estabeleça uma análise sobre se tal pagamento encontra respaldo nos limites financeiros de um Estado zeloso com suas obrigações constitucionais. Tanto é verdade que, ainda que ocorra uma intervenção no Estado de São Paulo, o eventual interventor terá que respeitar as mesmas normas constitucionais e limites acima assinalados pelo referido Estado, contando, por conseguinte, com apenas 2% das receitas líquidas para pagamento dos precatórios judiciais. Ao interventor também será aplicável a reserva do financeiramente possível." (STF - IF: 470 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/02/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 20-06-2003 PP-00058 EMENT VOL-02115-01 PP-00007)

Frise-se que, ao fundamentar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes se ateu apenas ao aspecto financeiro da reserva do possível sendo que, inclusive, ao referir-se à fundamentação do Acórdão *Numerus Clausus*, valeu-se de expressão que sequer está literalmente presente naquela decisão, qual seja, “reserva do financeiramente possível” (*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*).

Conforme já exposto acima, o Acórdão do Tribunal Federal Alemão menciona em sua fundamentação a “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), remetendo tal análise em primeiro momento à racionalidade do pedido, e só após aos aspectos relativos à sua exequibilidade financeira.

Importante notar que, além do caso acima citado, há diversos outros julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria de pedido de intervenção federal por não pagamento de precatórios⁶. Mesmo não se tratando de questão que envolva

⁶ A título de exemplificação: IF-AgR-ED 1012/SP; IF-AgR 506/SP; IF-AgR 2081; IF-AgR 3124;; IF 164/SP; IF-AgR 3977/SP; IF 2127/SP; IF 2737/SP; IF 2805/SP; IF 2909/SP; IF 2975/SP; IF 3046/SP; IF 3773/RS; IF 171/SP;

diretamente direitos sociais, em todos estes acórdãos há referência à reserva do possível, notadamente nos votos do Ministro Gilmar Mendes.

Em abril de 2004 houve importante manifestação do STF sobre o tema em análise, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADF) n. 45, ajuizada contra o veto do Presidente da República sobre o §2º do art. 55 da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Alegava o autor que o veto presidencial configurava desrespeito a preceito fundamental decorrente da Emenda Constitucional n. 29/2000, a qual foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde. Como, posteriormente, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei que restaurou integralmente o dispositivo vetado, a ADPF foi julgada prejudicada.

No entanto, o voto do Ministro Relator Celso de Mello, teceu importantes considerações sobre a cláusula da reserva do possível. Antes, o Relator destacou a competência excepcional do Poder Judiciário para formular e implementar políticas públicas nos casos em que os órgãos estatais competentes (Poderes Legislativo e Executivo), por descumprirem seus encargos político-jurídicos, comprometerem a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos constitucionalmente assegurados, ainda que por normas programáticas, frustrando e inviabilizando o estabelecimento e a preservação de condições materiais mínimas de existência aos cidadãos.

Na sequência, expos que:

“(...) a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um

IF 317/SP; IF 492/SP; IF 1317/SP; IF 1952/SP; IF 2257/SP; IF 449/SP; IF 237/SP; IF 1466/SP; IF 1690/SP; IF 2194/SP; IF 444/SP; IF 2915/SP; IF 298/SP; IF-AgR 2117/DF; IF-AgR 2663/RS; IF-AgR 4174/RS; IF-AgR 4176/ES.

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

sentido de essencial fundamentalidade. (...)” (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004)

Ao resumir seus fundamentos, o Ministro Celso de Mello analisou o conteúdo da reserva do possível não sob a ótica estritamente financeira, mas com binômio que guarda fidelidade em relação ao que fora originalmente preconizado pelo Acórdão *Numerus Clausus*, do Tribunal Constitucional Federal Alemão:

“(...) Ve-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (...)”

(STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004)

Em julgamento do final de 2005 o Ministro Celso de Mello retomou suas considerações sobre a cláusula da reserva do possível expostas na ADPF n. 45. Tal Ministro atuou como relator do Recurso Extraordinário (RE) n. 410.715, em demanda que envolvia o direito à educação⁷, com origem em Ação Civil Pública apresentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando obrigar o Município de Santo André a, com fulcro no art. 208, IV, da Constituição da República, providenciar vaga a criança em creches e pré-escolas próximas de sua residência.

⁷ Posicionamento semelhante viria a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgamentos envolvendo o direito à educação, dentre os quais pode-se destacar AG. REG. no AI n. 455.802, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/08/2007; AG. REG. no RE n. 411. 518, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26/04/2007; AG. REG. no RE n. 401.673, DJ 17/08/2007.

Na oportunidade, após retomar sua argumentação já exposta na ADPF n. 45, o Relator acrescentou que:

*“(...) a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a **incompetência da adequada implementação** da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º) da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever de execução inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania (...).”*

(STF - RE: 410715 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/11/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00076, sem grifos no original)

Frise-se que tal argumentação está em consonância com a segunda observação feita no início deste estudo sobre o conteúdo do Acórdão *Numerus Clausus*, no sentido de que os direitos sociais de participação não estão restritos ao acesso às estruturas existentes em cada caso, podendo Poder Judiciário determinar aos outros poderes a criação de estruturas para efetivação de direitos sociais de participação, em cumprimento ao previsto pela Carta Magna.

Ademais, ao contrário do que se observa no julgamento da Corte Alemã, que reconhece os esforços do Estado no sentido de cumprir com as políticas educacionais constitucionalmente determinadas, no julgamento do RE n. 410.715 do STF tem-se claramente caracterizado aquilo que o Tribunal Federal Alemão

denominou, em seus julgados da década de 1990, como inadequação evidente para promoção do direito constitucionalmente previsto.

O STF voltou a enfrentar a questão relativa à reserva do possível em 2007, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.768, que questionava a constitucionalidade do art. 39 da Lei no 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 anos. Ao julgar, o STF decidiu pela constitucionalidade da norma impugnada, que reproduzia o previsto no art. 230, §2º, da Constituição da República, o qual possui eficácia plena.

Dentre outros argumentos, a autora da ADI n. 3.768 defendia que a gratuidade do transporte público a idosos constitui direito social de uma parte da população, sendo assim um direito de segunda geração, ou mesmo um direito de solidariedade ou fraternidade, pertencente à denominada terceira geração. Isso seria suficiente para inferir que sua implementação pelo poder público municipal sempre deveria envolver prestações positivas onerosas, submetendo-se à reserva do possível.

Em seu voto, após afirmar a irrelevância de a qual geração seria o direito em questão pertencente, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, expôs dentre os fundamentos de seu voto:

*“(...) 8. A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, **não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.***

*Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a **garantia do mínimo existencial**, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser ‘o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que*

garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.’ (...)”

(STF - ADI: 3768 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Dje-131 DIVULG 25-10-2007, sem grifos no original)

Frise-se que, embora não tenha realizado uma descrição analítica dos elementos necessários para a aplicação da cláusula da reserva do possível, tal qual fizera o Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45, a Ministra Carmen Lúcia sequer adentrou na discussão sobre o aspecto financeiro do tema, considerando o direito em questão fora da margem de alcance de tal reserva, uma vez que está diretamente ligado à garantia do mínimo existencial.

Em 2008 a questão da reserva do possível foi amplamente analisada pelo Ministro Celso de Mello, em seu voto que abriu divergência ao voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, e conduziu a decisão do Tribunal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223 – Pernambuco (STA 223-Agr-PE).

O que se discutia na STA 223-Agr-PE era o direito à saúde de vítima que ficara tetraplégica a partir de ferimento em assalto ocorrido em região do Estado de Pernambuco, ao qual se atribuía omissão no desempenho da obrigação de oferecer à população local níveis eficientes e adequados de segurança pública. O autor pleiteava que o STF afastasse decisão de sua Presidente, Ministra Ellen Gracie, que suspendeu a eficácia da antecipação de tutela concedida pelo Desembargador Relator do processo no Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco, concedida em favor do postulante na causa principal.

Ao final, e com base nos fundamentos levantados no voto do Ministro Celso de Mello, o acórdão restou assim ementado:

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

“(…) **A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO** DE SUA INAPLICABILIDADE, **SEMPRE QUE** A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA **PUDER COMPROMETER** O NÚCLEO BÁSICO **QUE QUALIFICA** O MÍNIMO EXISTENCIAL (**RTJ 200/191-197**) – **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO** DE POLÍTICAS PÚBLICAS **INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS** PELO PODER PÚBLICO – **A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE** DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO **DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO** CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – **A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”)** – **CARÁTER COGENTE E VINCULANTE** DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, **QUE VEICULAM** DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (**CF, ARTS. 6º, 196 E 197**) – **A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO** DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO **AFIRMATIVO** DOS JUÍZES **E TRIBUNAIS E DE QUE**

RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO : ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.”
 (STF - STA: 223 PE, Relator: Min. Presidente Ellen Gracie, Data de Julgamento: 12/03/2008, Data de Publicação: DJe-049 DIVULG 17/03/2008 PUBLIC 18/03/2008)

A ementa bem resume o voto do Ministro Celso de Mello e mostra que, além de retomar os argumentos já expostos para afastar a incidência da reserva do possível na ADPF n. 45, ele trouxe novos e significativos elementos doutrinários para sua decisão, como a teoria da restrição das restrições, e a questão das escolhas trágicas.

Em linhas gerais, a teoria da restrição das restrições busca estabelecer limites às restrições aos direitos fundamentais, de modo que aquelas sejam válidas e não anulem estes. No presente caso, buscou-se restringir a restrição imposta pela reserva do possível ao direito fundamental à saúde.

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

Já a questão das escolhas trágicas, residiria no dilema instaurado pelo caso concreto que levava os julgadores do Supremo Tribunal Federal a manifestarem-se sobre a tensão dialética entre, de um lado, a necessidade do Estado tornar concretas as ações e prestações de saúde em favor de determinado cidadão e, de outro, as dificuldades governamentais de viabilizar os sempre escassos recursos financeiros.

Em 2010, o tema da efetivação do direito à saúde novamente veio a ser confrontado com a cláusula da reserva do possível perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 47 (SL 47-AgR/PE), requerido pelo Estado de Pernambuco e relatado pelo Ministro Gilmar Mendes.

No caso, tratava-se de pedido de suspensão de liminar, proferida pelo então Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, em desfavor do Município de Petrolina, para que este adotasse oito providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan, e em desfavor do Estado de Pernambuco e da União, para que estes adotassem todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina do cumprimento das medidas.

O relator, em seu voto, destacou que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta, em determinados regimes constitucionais, desafios que não se colocam ao ordenamento constitucional brasileiro. Isto porque, ao contrário do que ocorre com a Constituição da República do Brasil de 1988, que possui um amplo e detalhado rol de direitos sociais, há Estados com Constituição Federal que praticamente não contém direitos fundamentais sociais de maneira expressa, como é o caso da Alemanha.

Nesse sentido, segundo o relator do julgamento em questão, diversos dispositivos do texto constitucional (arts. 5º, §1º, 6º, 196, 201, 203, 205, 215 e 217) demonstram que a Constituição de 1988 acolheu os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, restando claro que as demandas que visam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir do contexto e das peculiaridades do ordenamento constitucional brasileiro.

O voto do Ministro Gilmar Mendes ainda traz o importante dado, constatado no decorrer de debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde promovida pelo STF, de que na quase totalidade dos casos que são levados ao Poder Judiciário envolvendo o direito à saúde, o que se pleiteia não é a criação ou implementação de políticas públicas, mas apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Isto afastaria do argumento de que o Poder Judiciário, ao julgar tais casos, estaria interferindo na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Importante frisar que, ao mencionar a relação da cláusula da reserva do possível com o tema sob julgamento, o Ministro Gilmar Mendes enfatizou a tensão de tal cláusula com a ideia do mínimo existencial, citando também as ideias de Claus-Wilhelm Canaris sobre a proibição de proteção insuficiente. Eis o trecho:

“As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar mínimo existencial e reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen).

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, Jus, 1989, p. 161). ”

(STF - SL: 47 PE, Relator: Min. Gilmar Mendes – Presidente, Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010)

Ao final, o STF, seguindo o voto do relator, decidiu pela manutenção da liminar, utilizando a ponderação como fórmula para solucionar problemas concretos de tensão entre a efetivação de um direito social, em todas as perspectivas que ele envolve, e a limitação financeiro-orçamentário, considerando os conflitos entre direitos individuais e bens coletivos.

3. O estágio atual da reserva do possível na jurisprudência constitucional brasileira

A partir da evolução jurisprudencial em torno da reserva do possível, e observando suas recentes decisões⁸ envolvendo amplo leque de direitos sociais, tais como direito à saúde, direito à moradia e à educação, além de questões envolvendo a dignidade

⁸ A título de exemplificação, veja-se ARE: 745745 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/12/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-250; AI: 598212 PR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/03/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-077; RE: 763667 CE, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-246; AI: 764969 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 19/11/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-250; RE: 581352 AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230; ARE: 727864 PR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 04/11/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223; ARE: 941690 RR - RORAIMA, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/02/2016; ARE: 639337 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma; ARE: 935345 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/02/2016; RE 642.536-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.2.2013; RE 815.003, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 19.11.2015; ARE 925.641-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 11.12.2015, e ARE 923.810, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 26.11.2015; ARE: 948163 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 24/02/2016, Data de Publicação: DJe-037 29/02/2016; ARE: 947823 RS - RIO GRANDE DO SUL 0017429-89.2012.8.21.0004, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 24/02/2016, Data de Publicação: DJe-036 26/02/2016; RE: 933641 SC - SANTA CATARINA 5001035-88.2011.4.04.7205, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/02/2016, Data de Publicação: DJe-040 03/03/2016

humana dos reclusos em penitenciárias, nota-se que o Supremo Tribunal Federal, com algumas variações, reiteradamente manifesta-se no sentido de que:

- a) A inaplicabilidade da reserva do possível deve ser reconhecida sempre que a invocação de tal cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial;
- b) O Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público;
- c) Não se pode invocar a reserva do possível, mesmo na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público;
- d) Deve-se aplicar a teoria da restrição das restrições (ou da limitação das limitações), reconhecendo o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, mesmo as de conteúdo programático que veiculam diretrizes de políticas públicas;
- e) Coloca-se aos julgadores a questão das escolhas trágicas, sendo a colmatação de omissões inconstitucionais uma necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e da qual resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito.

Lembre-se ainda que, afóra os casos em que envolvem direitos sociais, e com uma construção argumentativa distinta da acima detalhada, a cláusula da reserva do possível fora levantada como fundamento válido para negar pedidos de intervenção federal com fulcro no não pagamento de precatórios, conforme já exposto neste estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cláusula da reserva do possível surge como formulação do Tribunal Constitucional Federal Alemão ao proferir, em 1972, o Acórdão *Numerus Clausus*, admitindo que a implementação de direitos que envolvam um dever positivo de promoção por parte

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

do Estado pode ficar condicionada à racionalidade do pedido e à disponibilidade financeira para sua execução.

Já na década de 1990, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão estabeleceu que a prestação estatal estaria fora do alcance da limitação imposta pela reserva do possível caso se tratasse uma inadequação evidente para promoção do direito constitucionalmente previsto.

Lembre-se que a cláusula da reserva do possível fora concebida pela Corte Constitucional da Alemanha, um Estado Social consolidado que há muito não enfrenta problemas primários relativos a preocupações com a garantia de necessidades básicas para sobrevivência de seus cidadãos.

Ademais, a Lei Fundamental Alemã, ao contrário da Constituição da República do Brasil de 1988, não possui em seu texto um descritivo analítico de direitos sociais. Disto surge a necessidade de uma ampla e complexa fundamentação teórica e principiológica da extensão dos direitos sociais e, conseqüentemente, de suas restrições.

Ao transplantar para a jurisprudência constitucional brasileira a cláusula da reserva do possível, inclusive com expressa referência à sua origem germânica, o Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, emitiu seu voto com dois aspectos que, quando comparados à construção do Acórdão *Numerus Clausus*, merecem especial atenção: a) a aplicação em uma demanda não diretamente relacionada a um dever positivo de promoção por parte do Estado, uma vez que a demanda versava sobre pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo pelo não pagamento de precatórios; e b) a análise ignorou o aspecto primário relativo à razoabilidade do pedido e incidiu apenas sobre a sua exequibilidade financeira.

A partir de então, nota-se que a jurisprudência do STF se desenvolveu em dois sentidos diversos: um de aplicação da reserva do possível para negar pedidos de intervenção federal e outro de não aplicação da reserva do possível em temas ligados a direitos sociais, observadas determinadas circunstâncias.

No que tange aos casos envolvendo direitos sociais, há de se frisar que o Brasil é Estado com condições socioeconômicas bastante díspares daquelas observadas no berço da reserva do

possível. A escassez de recursos públicos, aliada e ampliada por sua má-gestão, são elementos recorrentes nos diversos níveis federativos brasileiros.

Analisando-se os aspectos fáticos envolvidos em algumas das decisões citadas neste estudo, verifica-se que, enquanto na Alemanha a discussões constitucionais que originaram a cláusula da reserva do possível giravam em torno, por exemplo, do acesso ao estudo no curso superior de medicina ou da contagem do tempo de cuidado dedicado aos filhos para fins previdenciários, no Brasil as demandas envolvem o acesso a medicamentos ou tratamentos essenciais à sobrevivência ou ao direito de uma mãe e/ou pai deixar seu filho em uma creche próxima à sua casa enquanto trabalha.

Ademais, a Constituição de 1988 possui em seu texto um rol analítico de direitos sociais, bem como definições de políticas públicas para sua implementação, que, por si só, vinculam juridicamente os atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em tal contexto, a jurisprudência constitucional do STF tem se desenvolvido no sentido de que, no âmbito dos direitos sociais, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada quando se trate de implementação de direito que componha o núcleo básico do mínimo existencial ou quando se verifique injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência Consolidada*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Último acesso em 20 dez. 2016.

GAIER, Reinhard. “Pretensões Positivas Contra o Estado e a Reserva do Possível na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”, In CONSELHO DA JUSTIÇA

O transplante da cláusula da reserva do possível da jurisprudência ...

FEDERAL, II Seminário Internacional Brasil-Alemanha, Thompson Flores, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários, 27, 2011, disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/gd/documentos/seriecadernoscej-27brasil-alemanha.pdf>, último acesso em 06 de dezembro de 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2010.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível, In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 49, n. 193, jan/mar 2012, p 7-20. Brasília: Senado Federal, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

***Fanfiction*, obra derivada, Novas tecnologias e estado cultural**

CARLA EUGENIA CALDAS BARROS¹

Universidade Federal de Sergipe (Brasil)

Toda obra literária necessariamente é uma procura.. (...) Romance, autobiografia, ensaio, não existe obra literária válida que não seja esta procura. (Simone de Beauvoir)

I. INTRODUÇÃO

Novos equilíbrios se impõem na sociedade civil e no Estado com o surgimento de várias mutações sociais surgidas com as novas tecnologias, com as novas mídias. O estado precisa desempenhar atividade estratégica para facilitar a harmonia, a integração, a cooperação entre os atores envolvidos na difusão da cultura, na sua transmissão, na sua divulgação, na segurança jurídica dos direitos autorais. A partir da apresentação do direito constitucional à liberdade de expressão artística, do conceito de arte e seu conceito aberto, vamos construindo uma análise das obras derivadas de *fanfiction* (obra de fã).

II. DESENVOLVIMENTO

2.1. O que é *fanfiction*?

O vocábulo *fanfiction*, proveniente da língua inglesa, é a união de duas outras palavras: *Fan* (fã) e *fiction* (ficção). A origem de *fiction* é o radical latino *fict*, que confere às formas verbais o sentido de "criar ou inventar" (CAVALIERI, 2011. p. 22). Por sua vez, *fan* (diminutivo de *fanatic*: fanático, do latim *fanaticus*) foi

¹ Professora aposentada da graduação e Pós graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe/UFS

utilizado primeiramente no final do século XIX, pelos meios jornalísticos, para descrever os seguidores de times esportivos profissionais (JENKINS, 2013. Cap. 1, p. 12-16).²

Traduzida livremente, a expressão designa uma "ficcão de fã" ou "criação de fã". A prática envolve a produção de textos literários por admiradores de determinada obra (livro, filme, série televisiva, quadrinhos, dentre outros) ou de celebridade. Estes escritos dão continuidade, preenchem lacunas ou incorporam novos pontos de vista às obras originárias; ou então, podem abordar de forma ficcional a vida de pessoas reais (no caso de celebridades).³

Quando a Internet cresceu e a tecnologia se tornou mais acessível, as listas

se proliferaram e se tornaram ainda mais específicas. Com o *One.List*, e *Groups*, e *Yahoo.com*, qualquer um podia ter a sua própria lista. O surgimento do escâner, do vídeo digital e da tecnologia do compartilhamento facilitou imensamente o acesso às produções japonesas (anime, manga e yaoi) aos de

² JENKINS, Henry. Textual poachers: television fans and participatory culture - updated 20th anniversary.(ebook)New York: Routledge, 2013, apud PLACIDO, Izabel , A funcionalização do direito autoral frente às fanfictions Disponível em https://www.academia.edu/15588594/A_FUNCIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_AUTORAL_FRENTE_%C3%80S_FANFICTIO NS, Acesso em 17 out 2016, p.14.

³PLACIDO,Izabel , A funcionalização do direito autoral frente às fanfictions, Disponível em https://www.academia.edu/15588594/A_FUNCIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_AUTORAL_FRENTE_%C3%80S_FANFICTIO NS, Acesso em 17 out 2016, p.14.

língua inglesa -tanto o acesso ao material quanto às traduções. Logo, a expansão permitiu a comunicação entre fãs, a tradução e adaptação dos termos, formas e práticas de fã. Produz-se mais "*fanlabel*" (feito de fã) do que nunca: não apenas os fãs escrevem *fanfictions*, mas fazem vídeos e vídeos de música (*vidding*), arte (*fanart*) e uma infinidade de variações permitidas pela tecnologia."⁴

Do porquê da escolha da Obra Harry Potter⁵ para falar de *fanfiction*? Porque esta obra representa no nosso tempo toda a mutação do direito do autor face a Internet. Porque a partir desta obra e seu personagem central Harry Potter e em face a revolução digital, várias obras foram surgindo em derivação à obra originária, dando-lhe novas feições que não as originárias e outros autores vão dando sua personalidade a esta obra derivada.

2.2.O *fanfiction* no contexto Constitucional: uma apresentação do Estado Cultural

Hacia 1982 desarrollé la teoría de la Constitución como cultura, o dicho de otro modo, del principio científico-cultural. K. Popper fue esclarecedor para mí solamente con respecto a su concepto de la sociedad abierta, es decir, el rechazo de todos los sistemas totalitarios como el nacional socialismo, el fascismo, el marxismo y el leninismo.

⁴ PLACIDO, Izabel, op. Cit., P.20-21.

⁵ “O FanFiction.Net não exhibe informações diretas de quantos usuários possui ou de quantos arquivos armazena. Todos os dados mostrados são fragmentados de alguma forma (por categoria ou por mídia, por exemplo). No entanto, é possível abstrair alguns exemplos práticos. Por exemplo, de todas as categorias do grupo *fanfiction* que se encontra neste site, o número absoluto de arquivos é o de Harry Potter, na categoria "livros"” Ibem, idem, p.23.

No comparto su crítica a Platón, porque, como es sabido, según una observación ingeniosa de Whitehead, todo pensamiento es una cita a pie de página a la obra de Platón. A diferencia de Popper intento fundamentar la sociedad abierta a partir del principio científico-cultural. Y hasta donde yo sé, esto no es lo que pretende Popper. Sin cultura el ser humano, a pesar toda la apertura, caería a un precipicio. Por lo demás, hoyendía no existen, en mi opinión, tres mundos. Existe solamente un mundo, aunque por supuesto se trata de mundo con grandiversidad cultural. Tampoco comparto la idea de primer mundo, segundo mundo y tercer mundo, porque tiende a una cuestión valorativa que no es correcta. El primer mundo, es decir la así llamada vieja Europa, aún hoy puede aprender mucho del tercer mundo. Esto es especialmente válido para el derecho constitucional. Piénsese por ejemplo en la figura del defensor del pueblo en América Latina, a la cual aportó especialmente México. Peter Haberle.

A Ciência da Cultura na Constituição, teoria abraçada por Peter Haberte, muito embora para muitos doutrinadores constitucionalistas não considerem o Preâmbulo como parte desta, vem de forma transversal, recepcionar a diversidade cultural tanto homenageada, ao declinar que a sociedade brasileira é uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. O que de uma forma recepciona o direito fundamental da liberdade de expressão artística sem amarras, sem avaliação. Completo o raciocínio com as palavras de González: “O direito curvo é um paradoxo. (...) O

Direito Curvo não abandona a forma em seu estado mais puro, porém não se origina no equívoco da purificação jurídica do kelseanismo a partir da hipertrofia ocorrida no formalismo ocidental. (..) Observo que o direito se empena, se arqueia, se curva e que se ondula..O Direito curvo não é ápice, é cúpula; não é vértice, é circularidade. Numa palavra: não é frontalidade, mas revolução.”⁶ Então conclui-se que muito embora a raiz de direito vem do latim REX-REGIS que significa rei: aquele que dirige, quem manda, de modo direito, reto, atualmente quem manda tem que ser curvo.

Preâmbulo da CF de 1988.

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 BRASIL⁷.

O pensamento de Haberle sobre a ciência da constituição com cultura e o

⁶ GONZALÉZ, José Calvo. *Direito Curvo*, Trad. André Karam Trindade, Porto Alegre: Editora livraria do Advogado, 2013, p.30.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 07 de janeiro de 2017.

estado cultural está bem expreso, o texto a seguir:

La Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas.”⁸

La pluralidad de las culturas nacionales y regionales se considera contemporáneamente, por lo general, «herencia cultural». Cláusulas parecidas a la «herencia cultural» se encuentran a nivel mundial en Constituciones más recientes de Estados nacionales y su empleo por Europa «como totalidad» hace necesario descifrar este afortunado término.⁹

La constitución del pluralismo que caracteriza el Estado constitucional.

Lo puramente jurídico no abarca todo lo que La Constitución es. La Constitución de un pueblo es la imagen

⁸ HABERLE, Peter . La Constitución como Cultura, p.193

⁹Ibem, idem, p. 192

de una sociedad concebida como idónea en un tiempo y lugar determinados. Esa imagen es aquello que esa sociedad aspira a ser, la propia comunidad se crea esa imagen a seguir; acuerda perseguirla no sólo como un club social, sino como una meta seria, tan seria que su poder soberano es depositado y utilizado con ese objetivo. La verdad no pierde su valor científico ni socio-político, por el contrario, se vuelve un elemento fundamental del Estado constitucional y de la disciplina que lo observa y conforma, y se reconceptualiza, alejada del fundamentalismo epistémico. Las instituciones científicas y jurídico-políticas deben tener como premisa y objeto la protección de estas libertades en tanto que constituyen culturalmente a cada miembro de la humanidad; garantizarlo es el principal objetivo del Estado constitucional. Esto significa entender la Constitución como cultura y a la disciplina que la estudia como ciencia de la cultura.¹⁰

Con una gran honestidad intelectual Häberle realiza un verdadero inventario de las teorías de la verdad. Enumera verdades lógicas, lingüísticas, experimentales, por correspondencia, a través de los juegos del lenguaje (Wittgenstein), verdades en la ciencia, en el arte y en la poesía, múltiples

¹⁰MARTÍNEZ, Pedro Daniel González Rivas, An approach to the iusculturalism of Peter Häberle. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200006, Acesso em 23 dez 2016.

pretensiones de verdad de los diferentes textos, científicos, artísticos, jurídicos (Gadamer). Verdad como capacidad de consenso de los participantes de la comunicación libre y universal (Habermas). (...) El jurista – dice Håberle- debería sentirse animado, echar mano del inventario, incorporar a su signatura y horizonte de estudios los textos y contextos que sobrepasan el problema de la verdad. “Concebir el Estado constitucional como ciencia de la cultura es absolutamente necesario cuando se enfrenta el problema de la verdad en los Estados constitucionales”.¹¹

Não deixa de ser uma leitura sociológica, jurídica do Estado Cultural para o qual estamos todos nos dirigindo. Com o Estado Cultural poderemos ver a integração de atividades públicas no mercado sendo executadas progressivamente por entes privados incumbidos de uma atividade pública, de interesse público. O Estado Cultural avocaria para suas funções, áreas estratégicas enquanto que, as suas atividades operacionais seriam repassadas para os entes privados. O papel do Estado Cultural estratégico seria o de ser o elo de cooperação entre as forças de uma eficácia concorrencial e o princípio da livre iniciativa privada de mercado. E, assim, o crescimento da análise econômica do direito de autor os coloca para decidir, para balancear o interesse público e o interesse privado.

Autour de La propriété intellectuelle se joue la bataille des nouvelles formes d'appropriation privée des connaissances et des frontières mouvantes entretenues avec Le

¹¹ HÄBERLE, Peter, “Verdad y Estado constitucional”, op. cit. p. 12 apud

domaine à La libre disposition Du public ou pas.¹²

Pode alguém praticar o *fanfiction* e esta atingir a propriedade de outrem, no caso, o autor da obra originária, Esta obra literária derivada está incluída e protegida pelo direito constitucional de expressão artística! Mais do que correto afirmar é que se aplica integralmente o direito constitucional à expressão artística, consubstanciada no inciso IX, do art. 5 da CF de 1988, abaixo transcrito.

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:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Nesse sentido, merece destaque a doutrina de Leonardo Martins (2013, p.3) acerca do tema:

Trata-se do direito fundamental definido pelo constituinte brasileiro no art. 5º, IX, da CF, segundo o qual o “exercício da atividade artística” deve ser “livre”. Como primeira aproximação à escolha terminológica do constituinte, pode-se dizer que a *liberdade subjetiva* do “exercício da atividade artística” equivale à *liberdade enquanto bem jurídico-constitucional objetivo*

¹² BENHAMOU, Françoise et al . Droit d’auteur et copyright. , Paris: La découverte, 2007, p.114.

(direito constitucional) da “expressão artística”. Igualmente correto é entender que este abrange aquele. Entendido em seu contexto (sistema) normativo, o direito constitucional à expressão artística é um direito fundamental à liberdade artística que engloba as mencionadas dimensões jurídico-subjetiva e jurídico-objetiva”.¹³

Trata-se de questão doutrinária defendida por Dimitri Dimoulis sobre a bidimensionalidade – natureza jurídica – do direito fundamental constitucional à liberdade e expressão artística.¹⁴

Afinal o que é arte? A hermenêutica constitucional de escol, ao interpretar o inciso IX do art. 5 da CF, nos declina que a atividade considerada livre será a restrita ao sujeito o qual se volta, se dedica à arte e, por conseguinte, à liberdade artística.

Vê-se então, quão sensível é para o Constituinte, quer brasileiro, quer alemão, garantir a autonomia da arte. Com a figura jurídica declinada em doutrina constitucionalista de escol de Estado-árbitro da arte, indagar-se-ia se a arte em seu conceito não ficaria restrita , no qual se passaria a excluir quaisquer outras modalidades de arte que vêm surgindo com a contemporaneidade. Afinal, proteger o que não se conhece ou o que não se sabe se virá a existir é um dilema. Dentro de um conceito aberto de arte, o limite da interpretação

¹³ MARTINS, Leonardo. Direito Constitucional à expressão-liberdade artística in *Direito da Arte*, São Paulo: Atlas, 2013, p.3.

¹⁴ O constituinte alemão foi muito mais além ao incluir também ao círculo da tal liberdade tanto a arte, a ciência, a pesquisa e o ensino, levando à jurisprudência e judiciário alemães à interpretação de que liberdade artística é direito público –subjetivo.

constitucional no que tange à arte é o de não ter limites a qualquer violação da ordem jurídico-constitucional a respeito do tema arte. Poder-se-ia falar, assim, em neutralidade estética do Estado.¹⁵

A nossa Constituição Federal de 1988 diante deste dilema não é clara em relação a limites ao conceito de liberdade de expressão artística como o faz em outros locais que trata de liberdade de imprensa, de expressão e etc, fato que dificulta a interpretação do que é efetivamente protegido constitucionalmente ou não. O Estado – árbitro poderá interagir com o artista para se auto regularem neste conceito de arte, pois a personalidade do artista ali está presente, além de outros parâmetros pois a arte tem aspectos multifacetados.

Uma vez assegurado que o conceito formal não induza ao equívoco de entender a liberdade artística como sendo essencialmente um instituto ou elemento integrante do suposto instituto matriz “liberdade de comunicação”, ele pode servir de primeiro norte ao operador jurídico-constitucional. As espécies tradicionais de arte configuram, destarte, um rol exemplificativo e não taxativo. A busca pelo titular do direito fundamental à liberdade artística pelo rompimento de fronteiras formais é comportamento pelo menos *prima facie* protegido pela norma do art. 5, IX, da CF. Seu caráter ou sua dimensão jurídico-objetiva pode complementá-lo,

¹⁵ Muitos doutrinadores falam em neutralidade ética do estado e não neutralidade estética do Estado. Conceito mais aberto da arte, no qual ela própria se auto reconhece, se auto entende, no pensamento filosófico constitucional de Peter Haberle e Morlok. Para Peter Haberle definir arte bem como sua proteção a nível constitucional, vale afirmar que a decisão deverá ser partilhada entre os atores envolvidos.

mas não relativizá-lo. As hipóteses de restrição do direito fundamental em pauta não podem ser procuradas nos chamados limites imanentes ao próprio direito fundamental, tão tenazmente defendidos pelos adeptos de uma teoria institucionalista dos direitos fundamentais.¹⁶

Diz ainda Martins:

O teor do art. 5º, IX CF não faz tal restrição. Assim, todo aquele que realizar pela primeira e talvez única vez uma atividade artística, sendo brasileiro ou estrangeiro residente (art. 5º, *caput*, da CF) será titular desse direito fundamental, podendo impô-lo judicialmente. Em face da referida pluralidade conceitual sobre a arte e das dúvidas reinantes, sua definição deve permanecer em princípio aberta, resolvendo-se o problema da fixação do alcance da área de proteção com a análise do contexto no qual se praticou aquilo que o indivíduo titular do direito fundamental entenda ser arte. Por isso, o primeiro fator relevante é que o titular em potencial acredite que esteja fazendo arte, que ele parta, portanto, de uma *motivação artística*, sendo que *critérios de qualidade são absolutamente proibidos*. Toda expressão artística que cair na área de proteção será

¹⁶ MARTINS, Leonardo, op. Cit, p.11.

protegida pelo direito fundamental ora estudado.¹⁷

No entanto, o que poderá ocorrer se em uma obra de *fanfiction*, um determinado personagem com determinado perfil na obra originária passa a ter outro perfil por vezes com caráter delituoso, contra as regras e bons costumes?

Pode-se melhorar, modificar obra existente sem autorização do autor da obra originária? É plágio, é contrafação? Como fica a liberdade artística diante da criação de obra derivada?

O que se protege afinal é a área da criação da obra ou a área da exposição e efeito da obra? Ambas são protegidas. Tanto a obra literária originária como a obra derivada, no caso, a obra *fanfiction*.

“Porém, essa “unidade insolúvel” entre criação e efeito pertinente à área de proteção normativa do art. 5, IX da CF em razão do significado comunicativo da arte não impede que a identificação das típicas condutas e fatos que fazem parte do momento (área) da criação revele, primeiro, que as potenciais colisões com outros bens jurídicos relevantes e, por vezes, com “dignidade constitucional” são quantitativamente inferiores quando comparadas àquelas latentes na área do efeito e, segundo, que como já aludido, a intensidade de uma intervenção estatal nessa parte da área de proteção seja, em regra, superior quando comparada à intensidade de intervenções estatais que recaiam tão somente na área do efeito da obra artística.”¹⁸

A “outra face da moeda” é que a área de efeito é o “o setor em que arte pode cair de fato em conflito com interesses [jurídicos, constitucionais] contrapostos”.¹⁹

Leciona ainda Martins, sobre o conceito aberto de arte:

Segundo o conceito aberto, arte seria, portanto, tudo o que puder ser interpretado de diversas formas,

¹⁷ Ibid, p.13.

¹⁸ Ibid, p.15-16

¹⁹ Pernice, 2004: 701 Apud Leonardo Martins, op. Cit. P. 17

resultando em uma riqueza ou pluralidade de significados. Por isso, não é sem razão que alguns autores preferem chamar tal conceito de “conceito de arte orientado semanticamente (*bedeutungsorientierter Kunstbegriff*)”. Arte como processo de comunicação está no seu cerne e deve seu lastro teórico e metodológico à semiótica. A obra artística é entendida como meio (“significante”) em um processo aberto de comunicação, dependente da intersubjetividade dos comunicantes e, por isso mesmo, essencialmente diferente da obra científica.²⁰

Enfim não há dúvida quando se escuta uma sinfonia de Bach, assiste-se a um filme de Glauber Rocha, lê-se Ariano Suassuna, e no nosso caso em tela, lê-se uma *fanfiction* derivada da obra Harry Potter que estamos diante de uma obra bem definida em todos seus olhares multifacetados. E, sob o ponto de que quando uma autoridade judiciária tiver que enfrentar análise jurídica sobre a possibilidade de ter ocorrido plágio, contrafação de uma obra, não cabe a esta entrar no mérito se a obra é ruim, mal escrita, mal dirigida, mal desenvolvida, porque como já foi dito anteriormente, a obra reflete a personalidade de seu autor e todo o conjunto de características que o envolvem. A análise pela autoridade judiciária deverá ser totalmente neutra, livre de amarras e buscando na foga do direito a solução para o caso. A partir do momento que autoridade consegue eliminar todas as variáveis possíveis do jogo econômico e jurídico e se remontar a verdade nua, ou seja, se remontar ao momento da criação, aí sim poderá se organizar toda a estrutura da obra.

²⁰ Ibid. p.12

Ainsi, fallait-il résoudre La question suivante: qu'y a-t-il d'irréductible dans l'oeuvre de l'esprit! Où se situe sa naissance. En quoi consiste son noyau dur. Cette irréductibilité, Le droit l'a désignée par le concept de création. La création, en première approche, n'est rien d'autre que l'effort intellectuel fourni par une personne pour formaliser une conception littéraire ou artistique.²¹

E dentro do conceito, abrangência da obra de espírito, é lá onde se encontra o autor.

Em schématisant à l'extrême, on peut définir l'auteur selon deux approches radicalement différentes: soit on estime que l'oeuvre c'est lui même, La plus belle expression de soi même, soit qu'elle est un produit de son travail intellectuel : dans Le premier système - celui Du droit d'auteur - l'oeuvre doit être respectée, comme on respecte l'homme qui l'a conçue: dans Le seconde système - celui Du copyright - l'oeuvre se détache de l'auteur, s'autonomise, comme n'importe quelle chose fabriquée.²²

2.3. *Fanfiction* e o Direito de Autor: a figura do Autor e a Obra em perspectiva.

2.3.1. O Autor

Ao mesmo tempo que se protege o homem em toda sua personalidade ao proteger também a obra, conclui-se que o autor além de criar, poderá fruir, gozar, usar de sua obra, como um

²¹ EDELMAN, Bernard. La propriété littéraire et artistique, Paris: Presses Universitaires, 4^a édition, 2015, p.14-15

²² Ibidem, p.26.

objeto de propriedade. Picard, jurista belga, já nos apresentava que existia uma categoria especial na propriedade, que seria a dos bens intelectuais, bens imateriais.

Os direitos do autor sobre sua obra então estão no direito moral, pois une-se à obra a sua própria personalidade, por isto se diz que a obra é ligada ao autor, tornando-a indivisível. No entanto, existe uma diferença entre o bem imaterial e seu discurso, e o bem imaterial e o seu corpo mecânico que é o produto oriundo da arte, estes direitos serão os direitos patrimoniais decorrentes da utilização da obra.

Em sua conformação infraconstitucional os direitos morais do autor abrangem os direitos de paternidade, comunicação, integridade e acesso. São caracterizados como inalienáveis e irrenunciáveis. São igualmente regulamentados o seu exercício *post mortem* e o exercício específico com relação às obras audiovisuais e aos projetos arquitetônicos. Aponta-se também para as condições do exercício dos direitos de modificação e retirada de circulação, faculdades pessoais incluídas respectivamente nos direitos de integridade e comunicação. O vínculo entre o criador e sua expressão, na forma de obras protegidas pelos direitos autorais, é igualmente reconhecido no plano internacional, em especial pela Convenção de Berna em seu artigo 6 bis, onde são assegurados os direitos pessoais de paternidade e integridade, ainda que neste último seu exercício seja condicionado aos danos a sua reputação ou honra. Assevera-se sua observância até pelo menos o

tempo de duração mínimo dos direitos patrimoniais, mas, ao mesmo tempo, permite que os países que não hajam concedido proteção *post mortem* a estes direitos não o façam. 46 LDA, art. 22: “Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra.”²³

Também podemos afirmar que os direitos os quais o autor é investido terão repercussão penal e por conseguinte, sua obra recebe proteção contra os ataques quer seja na área da contrafação, quer seja na área do plágio. Convenhamos que o direito do autor na era digital tem sofrido algumas modificações que em decorrência dessas, passamos a não reconhecê-lo como tal.

As novas tecnologias têm a força de tudo mudar, criam-se novas obras com novas mídias, criam-se novos meios de difusão, sobretudo com a revolução trazida com a internet. Vislumbram-se assim modificações até mesmo da noção do que seja obra do espírito face a novos modos de criação, de fabricação, de exploração surgidos com o mundo virtual, digital. O direito de autor não deixa de ser o espelho no qual se refletem todas as mutações sociais.

Complementariamente se deve ainda rejeitar a autoria por obras de terceiros – em razão do direito de paternidade de terceiro - pois estaria aceitando uma falsa atribuição. Este direito assegura também ao autor a possibilidade de impedir que terceiros atrelem seus nomes às tuas obras, ilicitude denominada de plágio. Contudo, a condenação do plágio não pode, em

²³ SOUZA, Allan Rocha, Direitos morais do autor, *civilistica.com* || a. 2. n. 1. 2013 || 1, p. 09, Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>, Acesso em 05 nov 2016.

nosso entendimento, ser considerado um exercício negativo do direito de paternidade, mas um exercício positivo, pois implica na reivindicação de autoria e não na sua negação. Por fim, a própria denominação da obra deve ser entendida.²⁴

Os fanfiqueiros não anunciam seus textos como sendo de autoria deste ou daquele autor: e sim a ele pertencentes, originários, creditados (o crédito, como visto no primeiro capítulo é muito importante nestas comunidades). O senso comum, quando não as próprias regras, presente no *locus* destas atividades, determina que os escritos são inspirados na obra precedente - variando o grau de proximidade com esta - sendo, no entanto, fruto do acréscimo imaginativo do fanfiqueiro. O auxílio do conceito de "autor" e "escritor" ajudaria nessa diferenciação.

Nara Marques Soares, utilizando-se do pensamento de Michel Foucault, define "autor" como sendo aquele que foi legitimado por instituições do regimento da escrita (como as instituições literárias). O escritor, no entanto, está em outro patamar em relação a estas instituições, "[...] principalmente se pensarmos que o escritor não é o sujeito que necessariamente quer publicar uma obra; que queira inclusive ter ou fazer uma obra". (2011, p. 58).

O direito, no entanto, não cria uma diferenciação de classes entre estas duas funções, limitando-se a proteger o autor, tendo-o pura e simplesmente como o criador intelectual de uma obra. Já a contrafação (cuja face mais conhecida é a "pirataria"), é a publicação ou reprodução abusiva da obra de outrem. Diz Carlos Alberto Bittar, que o elemento presuntivo é a falta de consentimento do autor, não importando a forma externa que toma ou a finalidade da violação. Segundo este autor, pode ser total ou parcial, incluindo-se a derivação sem consentimento, visto que sempre visa ao aproveitamento econômico da obra. (2013, p.164).

²⁴Ibem idem, p. 15

Portanto, na contrafação o direito atingido não é a paternidade da obra, mas o direito de disposição patrimonial exclusiva da propriedade intelectual (ainda que por derivação). Logo, conclui-se que, tanto por não ser simples reprodução da obra originária e, principalmente, por não possuir fins econômicos, a *fanfiction*.²⁵

2.3.2. A Obra

Ao tratar do conceito da *fanfiction* e do conceito de Obra dentro do direito de autor, importante se faz entender o que constitui uma obra derivada. Para tanto, destacamos o entendimento de Bercovitz (2015, p.70-71) abaixo transcrito::

obra nueva que incorpore una preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización.” (...) la obra derivada es fruto de la transformación de una obra preexistente, como hemos dicho, pero há de reunir los mismos requisitos exigidos para todas las obras por el art. 10 em su párrafo inicial: há de tratarse de una creación original.” (...) Ambas as obras son originales. La contraposición debe ser entre obra derivada y obra originaria o preexistente.²⁶

²⁵PLACIDO,Izabel , A funcionalização do direito autoral frente às fanfictions, Disponível em https://www.academia.edu/15588594/A_FUNCIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_AUTORAL_FRENTE_%C3%80S_FANFICTIONS, Acesso em 17 out 2016, p.60.

²⁶BERCOVITZ, Rodrigoin Tema 2 , Manual de Propiedad Intelectual, Valencia: TirantLBlanche, 2015, p.70-71

Direito de transformação²⁷ é o direito exclusivo de modificar e transformar uma obra existente.

um tema crucial par la explotacion del derecho de transformacion es el de su relacion com el derecho moral de integridade que es irrenunciable e inalienable. Por definicion una transformaci3n es una alteraci3n de la obra origina. Y si em alguns casos em principio se pretenderá ser fiel a la obra original (adaptaci3n), em otros, simplemente se pretenderá tomar o incorporar algunos elementos de la obra original, alterando el resto (por exemplo tomando solo el personaje).²⁸

A transformação produz necessariamente uma obra diferente. Passa a existir o regime da dupla autorizaç3o – “Ainda que muitas próximas, as regras são distintas. A obra derivada ou composta só será obra nova se o autor derivado tiver obtido expressa e previamente a autorizaç3o do titular originário”²⁹

Nesse sentido, a doutrina internacional vai de acordo com o entendimento de Pontes Neto acima mencionado:

Cuando varias obras derivan de una originaria única , cada una delas estará basada en la correspondiente autorizacion de transformaci3n de esa única obra originaria.³⁰

²⁷ A convenç3o de Berna traz esta discuss3o no art. 9.2.

²⁸ ALVAREZ, GermánBercovitzin Derechos de explotacion , Manual de Propiedad Intelectual, Valencia: TirantLoBlanche, 2015, p.97.

²⁹ PONTES NETO, Hildebrando,Aspectos sobre Plágio, in Propriedade Intelectual em perspectiva, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,p. 136.

³⁰RODRIGUES –CANO, Rodrigo Bercovitz, A obra in Manual de Propriedad Intelectual, Valencia: TirantLoBlanch, 2015, p. 73.

Ainda sobre as obras derivadas, destacamos o entendimento de Denis Barbosa (2013, p. 495-497):

A questão da proteção em face de obra derivada se centra no fato de que elas estendem o monopólio do autor em mercados além do mercado da obra original. Assim, o titular dos direitos se assegura do controle sobre os usos de sua obra que não servem como substitutos para a obra original.”³¹

Na Constituição Federal de 1988, além das disposições relacionadas ao direito de autor, podem ser relacionadas à produção de obras derivadas o disposto no art. 5º, VIII e IX, abaixo transcritos:

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: (...)
VIII - 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; (...)
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de

³¹BARBOSA, Denis Borges, Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013, p. 495-497.

comunicação, independentemente de censura ou licença;

Obra derivada liga-se *ad eternum* à obra originária. O autor da obra derivada também é um autor. Teremos então sobreposição de direitos na obra derivada: um decorrente do direito de autor da obra originária e o outro do autor da obra derivada.

Só não poderá ter a exploração sem a autorização do autor da obra originária que estiver sob domínio privado ainda. Para tanto, deveria estar a obra derivada dentro da seara das limitações ao direito do autor já que é matéria de direito excepcional – limitações ao direito de autor deverão estar expressas no texto legal.

Limitações aos direitos autorais (campo de isenção) é aquele em que o uso da obra protegida independe da obrigatória autorização prévia dos autores ou titulares de direitos, em situações específicas previstas em lei.³²

2.4. *Fanfiction*, limitações e o *fair use*.

Estaria o autor-*fanfiction* dentro do *Fair use* – uso justo – limitações autorizadas em lei.

Fala-se frequentemente de limitações ao direito de autor. Elas abrangeriam tudo aquilo que impede que o direito de autor tenha caráter absoluto. Toda regra negativa seria uma limitação ao direito de autor. Não há propriedade absoluta, então não se deve falar em direito autoral ilimitado.”³³

³² ABRÃO, Eliane in O sistema autoral: do surgimento às novas mídias , Propriedade Intelectual, São Paulo: RT,2013, p. 95.

³³ Ascensão, José Oliveira, Direito Autoral, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.254

Viria a ser um recurso criativo, um critério para estabelecer uma limitação a mais no rol das limitações aos direitos autorais? Seria esta a melhor opção? A questão envolve subjetividade.

Deverá, como vem se demonstrando neste artigo, ocorrer um redimensionamento do direito de autor face a sociedade da informação. O direito de autor nas novas tecnologias, com suas novas feições. A tecnologia cria seus próprios meios de controle e como também de empoderamento de empreendedores-investidores do mercado cultural.

O autor de *fanfiction* se utiliza das regras dos três passos³⁴ do direito autoral? Para tanto, seria necessário:

- a) Que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova;
- b) Que a reprodução não prejudique a exploração normal da obra reproduzida;
- c) Que a reprodução não cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores;

Então podemos falar em Uso justo – *fair use* pelo *fanfiction*? Seguem abaixo alguns entendimentos que podem contribuir para uma reflexão acerca desse debate:

De lado, ou existe a criatividade (critério usado igualmente pelo direito industrial) e a proteção é concedida, ou ela inexistente, ressaltando que o critério da originalidade, próprio do direito do autor, já comporta subjetividade suficiente (ao contrário da novidade, analisada na área da criação utilitária³⁵

³⁴ Denis Borges Barbosa lembra que, na esfera internacional se aplicam as chamadas "Regra dos Três Passos"(Convenção de Berna, artigo 9.2, e Acordo TRIPS, art. 13). Estes acordos internacionais admitem que os países permitam limitações ou restrições: [1º Passo] diante de casos especiais(restritos e definidos); [2º Passo] que não afetem a exploração normal da obra ; e [3º Passo] que não prejudiquem injustificadamente os interesses legítimos do particular. BARBOSA, Denis Borges, Direito do Autor, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013. p. 496-497

³⁵ MORATO, Antonio Carlos in As obras derivadas na sociedade da Informação, Propriedade Intelectual, São Paulo: Rt, 2013, p. 59.

“Para Denis Borges Barbosa, a personagem, como parte de uma obra literária, artística, audiovisual, dentre outros, é protegida pelo direito autoral quando é expressiva, ou seja, quando é elemento de um universo constructo. Ressalta o autor que existem personagens inexpressivos, incapazes de se destacarem da obra na qual se inserem. “A objetivação da personagem é crucial para se transformar em objeto singular de direitos”. (2013, p. 397). São estes personagens, segundo o mencionado autor, personagens-constructos; e os personagens inexpressivos, meros personagens-ideias. A distinção, diz Barbosa, citando André Andrade e Carolina Tinoco Ramos, é que da personagem-constructo podem ser feitas obras derivadas (não mera derivação de imagens, mas da personagem como um todo). A personagem protegida é, então, o conjunto de suas características, não apenas a sua imagem (que é protegida no direito autoral como desenho) ou o seu nome. O conjunto das características de uma personagem é o “[...] seu modo de se comportar, de se vestir, de se relacionar com outros, de agir de determinada maneira diante de determinadas condições, seus sentimentos, suas características físicas etc.[...]”.³⁶

³⁶BARBOSA, Denis Borges, op. cit. p. 399

2.5.A internet como catalisador do *fanfiction* e as suas influências no direito de autor.

E agora está aí a Internet...

Novas mídias impactando o direito autoral, violação do ineditismo, obra derivada de obra ainda em domínio privado, inovações no conceito de autoria. Passa-se a existir contrapontos entre o direito natural em oposição à noção utilitarista da propriedade intelectual.

Passaram a ocorrer alterações, modificações ou mutilações de obras com maior facilidade com as novas mídias – *software*, com os computadores. Cada vez mais o sentido econômico de direito patrimonial do autor passou a se configurar sob várias nuances que outrora não se imaginaria. Várias outras formas de negociações e transações comerciais vão surgindo. Os bens produzidos pelo homem passam a ser considerados de uso ilimitado por serem direitos culturais, direitos fundamentais do homem.

Assim, os cabos, os chips, os dados, os dados, a caixa, os elementos materiais e os componentes eletrônicos dos aparelhos de armazenamento, produção, tratamento, reprodução de informações, imagens e sons de computadores, CDs, DVDs, enfim todo o instrumental apto ao tratamento de informações, vibrações sonoras e sinais gráficos, constituem suporte da cultura.³⁷

Denis Borges Barbosa diz que esta construção, a exemplo das literárias, possui limitações (mesmo para aqueles que a considerem um direito da personalidade). E as limitações específicas do direito autoral têm seu cerne no interesse público. (2013, p. 788-793). ³⁸

³⁷ BENETI, Sidnei, Direitos autorais: exploração de conteúdo nas novas mídias, Propriedade Intelectual, São Paulo: Rt, 2013, p.238.

³⁸ BARBOSA, Denis Borges, op. Cit. p.788-793.

Quem criou então a internet, criou uma desordem...
Revolucionou..

Interesse público, gratuidade, obras derivadas, como irão conviver neste momento de novo direito autoral surgindo e se consolidando? Como poderemos falar em cultura livre, gratuidade, interesse público em obra derivada de uma grande obra conhecida internacionalmente?

Porque então os autores da obra originária concordam que suas obras sejam continuadas, suas idéias sejam prolongadas e que sejam postas gratuitamente à disposição do público. Não deixa de ser um fato de que ao utilizar a rede de computadores (foi a partir da filosofia de compartilhamento, do movimento do livre que se desenvolveu no seio dos computadores, daqueles que trabalhavam em computadores) o autor promove a obra e pode se beneficiar com os efeitos da promoção, de se servir da cultura livre que estará disponível ao público daquele que criou a obra derivada. Com a *internet*, surgiu a cultura da livre circulação de conhecimento e da liberdade de expressão e este fato tem oportunizado que as obras derivadas – obras *fanfictions* – se consolidassem e o espaço de divulgação tornou-se público.

No domínio cultural, a filosofia do compartilhamento dá o suporte para a cultura livre.

Le travail de création s'inspire et se démarque des travaux précédents, de même qu'une matière d'innovation. (...) Toute une littérature atteste du caractère cumulatif Du processus de création artistique, et des penseurs tel Pierre-Joseph Proudhon s'y réfèrent afin de rejeter la pertinence de l'instauration d'un droit de propriété des auteurs. Pour eux toute création est une production, non une propriété; avec la publication d'un ouvrage et sa vente, l'auteur perd la propriété de son oeuvre qui appartient désormais à la collectivité. L'oeuvre devenue publique

entre dans le fonds des oeuvres où d'autres viennent puiser une part de leur inspiration.³⁹

Com a internet se acentuaram as interdependências das criações, criando pontes de aceleração de livre circulação das obras entre os autores originais, os consumidores e também com os criadores sucessivos das idéias de suas obras, como no caso do *fanfiction* que faz com que surja uma nova forma autoral intermediária entre a criação clássica (aquela conhecida antes da *internet*) e a forma de recepção, de divulgação que favorece a criação de obras com formas renovadas.

A história ensina que os interesses econômicos dominam a consolidação da propriedade intelectual.

Le copyright a été une des conditions du développement du capitalisme: il constitue une véritable arme destinée à renforcer le pouvoir économique et politique des pays et des entreprises (Bettig, 1996).⁴⁰

O pensamento do Prof. Denis Barbosa, expresso no parágrafo abaixo, não deixa de ser bastante atual.

Há uma concentração de riqueza de grandes incorporações titulares de direitos autorais e conexos, que apesar de tão decantada pirataria nunca quebrou, não é hora e tempo de tornar bem mais barato o acesso aos bens protegidos?⁴¹

Porque se torna necessária uma nova ordem jurídica? Justamente para poder compatibilizar o conhecimento produzido

³⁹ BENHAMOU, Françoise, op. Cit. P.93-94.

⁴⁰ BEBHAMOU, Françoise, op. cit. p.97.

⁴¹ ABRAÃO, Eliane, op. Cit. P.104.

com o conhecimento protegido, em prol do bem coletivo. E, esta partilha, é uma forma de cooperação entre a humanidade e a redução de impostos para dar melhor acesso aos bens protegidos também.

Essa ideia de cooperação é bastante desenvolvida nas ideias de Vargas (2005, p. 21), ao definir que: “Os autores de *fanfiction* dedicam-se a escrevê-las em virtude de terem desenvolvido laços afetivos tão fortes com o original, que não lhes basta consumir o material que lhes é disponibilizado, passando a haver a necessidade de interagir, de interferir naquele universo ficcional, de deixar a sua marca de autoria”.

Não deixa de ser uma constante busca, procura de algo, de si mesmo.

E, o autor originário ao autorizar que sites aceitem vender obras derivadas de sua obra legítima a extensão não autorizada expressamente de história oficial (obra de fã) que é contada através de novas mídias. Fato que não se deixa de corroborar com o pensamento de Simone de Beauvoir que uma obra literária é sempre uma busca, uma procura. E é esta procura que dá os novos contornos da obra esculpida agora com a personalidade de outro autor, com sua personalidade. Pois cada obra não deixa de ser um ponto de partida para outros caminhos, para outras bifurcações, para outros eus e segundo Gadamer: não existe a primeira palavra: e nem a última.

CONCLUSÃO

Liberdade artística constitucional é contemplada no nosso direito constitucional e essa não deverá ser avaliada, não deverá passar por nenhum crivo qualitativo pois o processo artístico criativo individual ou coletivo não poderá ser cerceado por questões internas.

Poder-se-ia admitir que por questões de políticas públicas, editais do Estado Cultural podem vir a ser específicas, sem que com isto se fale em avaliação do processo criativo. Este pensamento tem supedâneo na Teoria Constitucional da Constituição como Cultura de Peter Haberle e sendo a

Fanfiction, obra derivada, Novas tecnologias e estado cultural ...

constituição cultura, a obra derivada, a *fanfiction* é obra do espírito e tem efeitos patrimoniais.

A Ponderação de direitos fundamentais – direito moral, patrimonial do criador da obra originária x criador da obra derivada, derivada de criação de fã, a *fanfiction*. Interesse público/informação/cultura x interesse privado e obra derivada enquanto envolve direito fundamental é a regra a ser seguida .

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva et al (org), **Propriedade Intelectual em Perspectiva**, Rio de janeiro: Lumen Juris, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**, Rio de janeiro: Editora Forense, 2002.

BALL, Caroline, **Who Owns What in Fanfiction: Perceptions of Ownership and Problems of Law** , Disponível em https://www.academia.edu/834988/Who_owns_what_in_fanfiction_perceptions_of_ownership_and_problems_of_law Acesso em 17 out 2016.

BARBOSA, Denis Borges, **Direito do autor: Questões fundamentais de direito do autor**, Rio de janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARROS, Carla Eugenia Caldas, **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**, Aracaju: Evocati, 2007.

_____. **Manual de Direito Empresarial Multifacetado, vols I, II, III, IV**, Aracaju: Pidcc revista eletrônica, www.pidcc.com.br, 2016.

BENHAMOU, FRANCOISA et FARCHY JOELLE , **Droit d'auteur et copyright**, Paris: La découverte, 2009.

- BRESSÉ, P. e KERMADEC, Y. De, **La propriété Intellectuelle – retenir l'essential**, Paris: Nathan, 2011.
- BRITO, Alexandra Alves de. **O que Harry Potter nos ensina sobre convergência eletrônica midiática: uma análise de fanfiction**, Disponível em http://www.anpedsul2016.ufpr.br/wp-content/uploads/2015/11/eixo11_ALEXSANDRA-ALVES-DE-BRITO.pdf, Acesso em 17 out 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa, **Tratado de Direito Comercial V 06**, São Paulo: Saraiva, 2015.
- EDELMAN, Bernard, **La propriété Littéraire et artistique**, Paris: Presses Universitaires de France, 2008.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira, **Direito de autor: proteção e disposição extrapatrimonial**, São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRANCEZ, Andrea et al , **Direito do entretenimento na Internet**, São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONZÁLEZ, José Calvo, **Direito Curvo**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- GONZÁLEZ, La Constitución como Cultura Margarita Orozco, **Propiedad Intelectual e Nuevas Tecnologías**, Navarra: Thomson Reuters, 2015.
- HABERLE, Peter .
- KUNTZ-GRAU, Karin e BARBOSA, Denis Borges (ORG) , **Ensaio sobre o Direito Imaterial: Estudos dedicados a Newton Silveira**, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.
- KROKOSZ, Marcelo, **Autoria e Plágio**, São Paulo: Atlas, 2012.

Fanfiction, obra derivada, Novas tecnologias e estado cultural ...

LARRIEU, Jacques, **Droit de l'internet**, 2^{eme} edition, Paris: Ellipses, 2010.

LEITE, Eduardo Lycurgo, **Plágio e outros estudos em Direito do autor**, Rio de Janeiro: Lumenjuri, 2009.

MARTÍNEZ ,Pedro Daniel González Rivas , An approach to the iusculturalismof Peter Häberle Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140591932012000200006, Acesso em 23 dez 2016.

MARTNS, Leonardo. **Direito Constitucional à Expressão Artística in Direito da Arte**. São Paulo: Atlas, 2014.

NALINI, José Renato (Org) **Propriedade Intelectual**, São Paulo: RT, 2013.

NOGUEIRA, Bernardo G. B e SILVA, Ramon Mapa, **Direito e Literatura: Por que devemos escrever narrativas?**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

NORMANDO, Leilane. Escritores de Fanfiction recriam obras de ficção. **Trilha Cultural**, Brasília, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://agenciatriilhacultural.com/2012/03/16/escritores-de-fanfiction-recriam-obras-de-ficcao/>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

NUNES, Simone Lahorgue, **Direito autoral e direito antitruste**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Eduardo Antonio Martins de, O PLURALISMO JURÍDICO NAS COMUNIDADES DE ESCRITORES DE FANFICTIONS Disponível em <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/343/538>, Acesso em 17 out 2016.

PELLAS, Jean- Raphael, **Droit de la culture**, Issy – les – Moulinaux: LGDJ, 2015.

PEREIRA, Ricardo Utrabo, **VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM: SUA APLICABILIDADE, AMPLITUDE E DELIMITAÇÕES**, Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac9edb-be0533cef1>, Acesso em 17 out 2016.

PLACIDO, Izabel ,**A funcionalização do direito autoral frente às fanfictions** Disponível em https://www.academia.edu/15588594/A_FUNCIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_AUTORAL_FRENTE_%C3%80S_FANFICTIONS, Acesso em 17 out 2016.

RODRIGUES-CANO, Rodrigo Bercotivz, **Manual de Propiedad Intelectual**, Valencia: TirantLoBlanch, 2015.

SCHAAL, Flavia Mansur Murad, **Propriedade intelectual , internet e o marco civil**, São Paulo: Editora Edipro, 2016.

SOUZA, Allan Rocha, **Direitos Culturais no Brasil**, Rio de janeiro:Beco do Azogue Editora, 2012.

_____. **Os direitos morais do autor**, Disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Souza-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>, Acesso em 17 out 2016.

UNITED STATES -
<http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf>Acesso em 17 out 2016.

VASCONCELOS, Cláudio Lins, **Mídia e propriedade intelectual**, Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

VIER, Charlotte, **L'internet et le Droit: Droit français, européen et comparé de l'internet**, Paris: Collection Legipresse, 2000.

Regime jurídico do contrato de estabelecimento mercantil instalado em centro comercial

LUCIO CARLOS AFONSO FERRAZ¹

AMANDA MARA DA SILVA²

Universidade de Santiago de Compostela (Espanha)

Universidade do Minho (Portugal)

1. Introdução

O presente trabalho visa desenvolver a discussão e estudo acerca do regime jurídico dos contratos de estabelecimentos mercantis instalados em centros comerciais, tendo em vista que estes, apresentam-se na atualidade como uma das principais inovações e tendências mercadológicas do comércio, em franco crescimento e receptividade por parte do público consumidor.

Para tanto, no desenvolvimento do presente estudo, serão abordados temas relacionados ao assunto central, utilizando-se a citação de renomados doutrinadores, magistrados, bem como recursos de ordem jurisdicional, como o Código Civil, Portarias, Decretos e Leis que disciplinam, regulam e trazem grandes ensinamentos à baila jurídica.

Nesse prospecto, o trabalho versará sobre o contexto histórico de surgimento e desenvolvimento dos centros

¹ Doutorando em Direito Privado pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, Mestrado em Direito de Contratos e Empresas pela Universidade do Minho, Portugal, Especialista em Direito Tributário pela Uniderp, Brasil, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, Advogado.

² Mestranda em Direito Judiciário pela Universidade do Minho, Portugal, Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Newton Paiva, Brasil, Bracharel pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, Advogada.

comerciais, sobre as suas finalidades e objetivos, sobre o seu conceito legal, sobre as partes contratantes, bem como os direitos e obrigações a elas relativas, sobre os requisitos e características singulares e imprescindíveis dos contratos, assim como o tratamento jurídico-positivo que a legislação, doutrina e jurisprudência garante aos contratos de instalação e utilização celebrados entre os gestores comerciais e os lojistas. Nessa perspectiva, em breve tópico, sem intuito de esgotar o tema, abordar-se-á acerca dos centros comerciais sob a perspectiva brasileira.

Conforme explanado, segue abaixo o estudo sumário dos temas:

2. Breves Considerações Sobre os Centros Comerciais

2.1. Origem Histórica e Objetivos dos Centros Comerciais

Inicialmente, para um melhor entendimento do tema abordado, torna-se necessário traçar breves considerações acerca da origem e objetivos dos centros comerciais, demonstrando a sua influência no mercado consumidor, bem como sua maior dinamização ao longo dos anos.

Hobsbawm, nos ensina que “desde a Revolução Industrial, a história do desenvolvimento econômico tem apontado, de uma forma cada vez mais acelerada, na direção de uma divisão mundial do trabalho e de uma rede de fluxos e intercâmbios crescentemente complexa e especializada”.³

Nesse mesmo sentido, Ana Isabel da Costa Afonso, asservera que “ao longo dos tempos, temos assistido ao desenvolvimento de fórmulas de cooperação e integração dos comerciantes cada vez mais perfeitas e complexas, dentro das quais se dilui a sua individualidade e autonomia. Na verdade, o sistema de economia de mercado caracteriza-se pela contínua mudança e procura de uma melhor posição competitiva.”⁴

³ FERREIRA, ANA FILIPA MARQUES FIGUEIREDO, “Limites Limites à transmissão da posição contratual do lojista em centros comerciais”, 2012, p. 15 *apud* E. HOBSBAWM, 1995. A Era dos Extremos: O Breve Século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras.

⁴ AFONSO, ANA ISABEL DA COSTA, “Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: qualificação e regime jurídico”, 2003, Editora

Regime jurídico do contrato de estabelecimento mercantil.....

O que se verifica, a luz do pensamento exposto, é que a necessidade de mudanças na forma de produção e comercialização, propiciou o aprimoramento das técnicas de comércio em virtude das crescentes exigências do mercado consumidor, revelando-se os centros comerciais, como verdadeiras estruturas especializadas e competitivas, capazes de suprir em um único lugar as necessidades dos seus clientes, garantindo-os, dentre outros, praticidade e conforto.

Os centros comerciais, no atual formato que conhecemos, nasceram nos Estados Unidos (por isso a nomenclatura de shopping centers), essencialmente em meados da década de 1950, após o término da segunda guerra mundial, devido ao aumento do poder aquisitivo da população americana e ao desenvolvimento dos vários setores produtivos da indústria, que propiciou a expansão para as zonas mais afastadas e periféricas da malha urbana.

As cidades europeias, por sua vez, apenas na década de 1960, começaram a desenvolver seus centros comerciais, tendo em vista, que após o término da segunda guerra mundial viveu um lento e intenso período de reconstrução, marcado pelo baixo crescimento demográfico, social e econômico, com um mercado consumidor debilitado e incompatível com os requisitos essenciais para a constituição dos centros comerciais.

O mercado consumidor revolucionou em virtude da criação e expansão dos centros comerciais, sendo estes uma das manifestações comerciais mais importantes e dinâmicas de todo o mundo, capaz de influenciar e criar tendências, oferecer enormes vantagens, garantias, qualidades e facilidades de consumo, capazes de reunir em um único espaço diversos estabelecimentos comerciais, no qual permite-se ao consumidor realizar compras diversas, de vestuário à alimentação, acesso a entretenimento, como salas de jogos e cinemas, além de contar com esquema de segurança privada e comodidade de estacionamento para os veículos, tornando-se, indiscutivelmente “um lugar privilegiado para o comércio”⁵.

Coimbra, p.11.

⁵ VARELA, ANTUNES, “Anotaçã ao Acórdão do STJ de 26 de Abril de 1984, RLJ, ano 122º, nº 3780, p.83.

Em Portugal, especificamente, verifica-se que de acordo com relatório de 2008 da Associação Portuguesa de Centros Comerciais, “apesar da conjuntura internacional desfavorável registrada, sobretudo associada ao aumento dos custos da energia e à subida dos preços das matérias primas, a abertura de novos centros comerciais em Portugal manteve uma evolução positiva e em conformidade com os projetos anunciados.”⁶

Subsume-se do exposto, a tendência mundial de os consumidores optarem por realizar suas compras nos centros comerciais, face ao conforto e comodidade, fato que, por via de consequência, causa um gradual enfraquecimento e desaparecimento do tradicional comércio de rua.

2.2. Definição / Conceito Legal dos Centros Comerciais

No que tange ao conceituação jurídica, Ana Isabel da Costa Afonso, define os centros comerciais como “complexo imobiliário constituídos por lojas e espaços comerciais, destinados a exploração de atividades de comércio e retalho, e por espaços comuns, concebidos e organizados de modo a tornar o centro um local aprazível para o comércio.”⁷

A definição apresentada, não possui, contudo, embasamento legal, tendo em vista que até a presente data, os legisladores portugueses não estabeleceram o conceito jurídico do que são os centros comerciais, cabendo a doutrina e a jurisprudência, estabelecer a definição atualmente adotada a partir da legislação esparsa e precária presente no ordenamento jurídico português, em especial na Portaria n° 424/85, de 05 de Julho, no Decreto Lei 21 / 2009, de 29 de janeiro e na Lei n° 12 / 2004, de 30 de maio.

A ausência de legislação acerca da matéria em comento, ocorreu devido ao fato de os centros comerciais caracterizarem uma realidade técnica e econômica até então desconhecida, de

⁶ PEREIRA, MARGARIDA e TEIXEIRA, JOSE AFONSO, “Centros Comerciais em Portugal - Evolução favorável num contexto adverso”, disponível em <http://www.apcc.pt/centros/evolucao.aspx>.

⁷ AFONSO, ANA ISABEL DA COSTA, “Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: qualificação e regime jurídico”, 2003, Editora Coimbra, p.29.

exponencial crescimento e expansão global, não acompanhada, na mesma velocidade, pelo plano legislativo e jurídico dos Estados.

3. Da Celebração dos Contratos

3.1. Dos Sujeitos Contratantes: Direitos e Obrigações

Os contratos celebrados para o estabelecimento mercantil instalado nos centros comerciais, são marcados pela figura de três sujeitos principais, quais sejam, os proprietários dos espaços, os gestores dos centros comerciais e os lojistas.

Os proprietários dos espaços, são em regra um grupo de investidores, que após a construção do complexo imobiliário comercial celebram contrato com empresa de gestão comercial, que será a partir de então a responsável por colocar no mercado imobiliário as frações dos espaços a serem comercializados.

Os gestores dos centros comerciais, possuem como obrigações o dever de zelar pelo funcionamento dos centros comerciais, garantindo organização, publicidade, segurança, unidade de gestão, iluminação e limpeza, dentre outros serviços, que garantam o sucesso do empreendimento.

São também os responsáveis por celebrar os contratos de instalação e utilização dos espaços comerciais com os lojistas, o que ocorre sem a intervenção dos proprietários, recebendo, para tanto, remuneração variável conforme os rendimentos angariados pelo investimento comercial.

No que tange as suas prerrogativas, os gestores comerciais, podem resolver os contratos por falta de pagamento ou mora no cumprimento das obrigações pelos lojistas, podem cobrar multas, de acordo com as cláusulas penais fixadas no contrato e, ainda, ceder a sua posição contratual a terceiros.

Os lojistas, escolhidos *intuitu personae*, são os responsáveis diretos por comercializar produtos e serviços e desenvolver o ponto comercial, pagando ao gestor comercial uma retribuição variável (fixada em função das vendas do estabelecimento, acompanhada de uma retribuição fixa mensal). Além desta retribuição variável, os lojistas devem pagar ainda um valor de ingresso no centro comercial antes mesmo de iniciar as suas atividades.

Respondem também pela fiscalização da contabilidade levada a cabo pelo gestor do centro comercial e pela observância do regulamento interno, que define entre outros, os horários de funcionamento, as datas e percentuais de promoção, as regras de decoração, bem como a manutenção e conservação da unidade imóvel alugada.

O pensamento de que os centros comerciais tratam-se de um mero amontoado de lojas revela-se pequeno e distante da realidade fática, uma vez que tratam-se de espaços multíusos, com estrutura física e jurídica complexa, que engloba além do comércio, espaços de lazer e diversão, que funcionam como atrativo ao potencial cliente. “A originalidade dos centros comerciais reside na existência de um conjunto de comércio que é concebido e organizado como uma unidade”.⁸

4. Do Tratamento Jurídico-Positivo dos Centros Comerciais

4.1. Das Características e dos Requisitos dos Contratos

Logo que surgiram, os centros comerciais trouxeram enormes controvérsias em âmbito jurídico, devido ao fato de se tratar de uma nova realidade econômica e social, com especificidades características, em virtude da natureza desconhecida dos contratos celebrados e relacionamento entre as partes, suscitando, via de consequência, a ocorrência de novos problemas jurídicos.

Na órbita jurídica portuguesa, não existe definição legal do que são os centros comerciais, apenas definições precárias que se aproximavam de sua real definição, cabendo a doutrina e jurisprudência, junto a Portaria n° 424 / 1985 de 05 de Julho, da Secretaria de Estado do Comércio Interno, revogada posteriormente pelo art. 07° do Decreto Lei n° 48 / 96, de 15 de Maio, estabelecer os requisitos básicos necessários para constituição dos mesmos.

Pela análise da Portaria n° 424 / 1985, de 05 de Julho, verifica-se que para a constituição de um centro comercial se faz necessário quatro requisitos básicos, quais sejam, um número

⁸ AFONSO, ANA ISABEL da COSTA, “Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: qualificação e regime jurídico”, 2003, Editora Coimbra, p.18 e s.

Regime jurídico do contrato de estabelecimento mercantil.....

mínimo de 12 estabelecimentos comerciais e uma área mínima bruta de 500 m², destinada a atividades comerciais; as lojas deverão estar instaladas em um único edifício ou em edifícios contíguos interligados; o empreendimento terá que possuir uma unidade de gestão, responsável pela implementação, direção e coordenação dos serviços comuns e, por fim, o funcionamento dos estabelecimentos deverá ser comum (horário de abertura e encerramento).⁹

Dos quatro requisitos exigidos pela portaria, destaca-se como sendo o mais relevante a unidade de gestão, que abarca a administração unitária dos serviços comerciais e comuns dos centros comerciais e, ainda, a fiscalização e o cumprimento do regulamento interno. Em relação aos demais elementos, lhe são conferidos menor relevância tendo em vista serem formais e negociáveis.

No que tange a importância do requisito da unidade de gestão, Pedro Gomes da Cunha afirma que “o bom funcionamento de um Centro Comercial depende da existência de uma gestão profissional comum que se responsabilize não só pela disponibilização de serviços colectivos, mas também pelo funcionamento integrado e harmónico das diversas unidades comerciais ou de prestação de serviços que o compõem.”¹⁰

⁹1.º Entende-se por centro comercial o empreendimento comercial que reúna cumulativamente os seguintes requisitos: 1) Possua uma área bruta mínima de 500 m² e um número mínimo de 12 **lojas**, de venda a retalho e de prestação de serviços, devendo estas, na sua maior parte, prosseguir atividades diversificadas e especializadas; 2) Todas as lojas deverão ser instaladas com continuidade num único edifício ou em edifícios ou pisos contíguos e interligados, de molde a que todas usufruam de zonas comuns privativas do centro pelas quais prioritariamente o público tenha acesso às lojas implantadas; 3) O conjunto do empreendimento terá de possuir unidade de gestão, entendendo-se por esta a implementação, direção e coordenação dos serviços comuns, bem como a fiscalização do cumprimento de toda a regulamentação interna; 4) O período de funcionamento (abertura e encerramento) das diversas **lojas** deverá ser comum, com exceção das que pela especificidade da sua atividade se afastem do funcionamento usual das outras atividades instaladas.

¹⁰ CUNHA, PEDRO GOMES DA, SOUSA, PEDRO TEIXEIRA DE, “Breves notas sobre o regime jurídico da rede nacional de plataformas logísticas”,

Em relação aos contratos de utilização celebrados entre o gestor comercial e os lojistas, Ana Isabel da Costa Afonso, esclarece que “a convergência dos interesses do empreendedor e do lojista – um e outro empenhados no máximo sucesso da atividade deste, que simultaneamente potencia e depende do sucesso do centro comercial, globalmente considerado – afastamos dos esquemas convencionais em que o lucro dos investidores é assegurado pela venda ou pelo puro e simples arrendamento dos imóveis”.¹¹

Depreende-se do trecho em epígrafe, portanto, que o sucesso dos empreendimentos comerciais está relacionado ao contrato estabelecido entre os empreendedores e os lojistas, uma vez que os lojistas pagam aos empreendedores dois valores pela utilização dos espaços comerciais, sendo um valor fixo e outro variável, aferido de acordo com faturamento, afastando-se, por conseguinte, dos esquemas convencionais de aluguel, adotado nos contratos de arrendamento de imóveis.

Ao iniciar as atividades comerciais, os lojistas necessitam, outrossim, celebrar três convenções distintas com o gestor comercial, sendo estes, o contrato de instalação e utilização dos espaços comerciais (contrato principal) e anexos a este, o regulamento interno (destinado a disciplinar de forma unitária o funcionamento, utilização e administração do centro comercial), e a adesão a associação dos lojistas (finalidades variadas, sobretudo, o relacionamento e cooperação entre os comerciantes), garantindo o funcionamento do centro comercial.

Passamos agora, a análise da qualificação jurídica do contrato de instalação e utilização dos espaços do centro comercial.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º V, 2008.

¹¹ AFONSO, ANA ISABEL DA COSTA, “Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: qualificação e regime jurídico”, 2003, Editora Coimbra, p.16.

4.2. Da Qualificação Jurídica dos Contratos

Os contratos celebrados entre os gestores dos centros comerciais (promotores) e os lojistas são chamados de “contratos de utilização” e constituem o elemento regulador essencial na relação entre as partes contratantes. Além do contrato de utilização, cada lojista assina também, dois documentos anexos a este, quais sejam o regulamento interno de funcionamento e utilização do centro comercial e a associação dos lojistas.

Os contratos de utilização caracterizam-se como contratos de adesão, elaborados unilateralmente pelos gestores e apresentados aos lojistas, que obrigam-se a respeitar as cláusulas gerais do contrato, sem possibilidade de negociação ou modificação destas, caracterizando-se, nesse prospecto como contratos de adesão. Nesse caso, os lojistas apenas possuem a liberdade contratual de celebrar ou não o contrato para ingresso no centro comercial, ou ainda, a liberdade de negociar cláusulas particulares, relativas a remuneração, duração do contrato e venda dos produtos ao qual se dispõem a vender.

Além de caracterizarem-se como contratos de adesão, os contratos de utilização são também caracterizados como contratos atípicos, uma vez que não se englobam em nenhuma das espécies contratuais existentes e reguladas por lei. A questão da atipicidade do contrato é considerado um problema ultrapassado, tendo em vista que hodiernamente, a doutrina e jurisprudência são unânimes em considerar e aceitar a atipicidade deste contrato.

Cabe aos princípios da autonomia das partes e da liberdade contratual, regulada pelo artigo 405º do Código Civil¹², garantir o equilíbrio contratual na composição dos interesses das partes, funcionando como um mecanismo eficaz e indispensável a resolução de eventuais lides contratuais e aos seus novos e constantes desafios.

No que diz respeito a atipicidade dos contratos de utilização, Pedro Gomes da Cunha aduz que “os contratos de

¹² Art. 405.º (Liberdade contratual) 1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver. 2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

utilização são qualificados maioritariamente pela doutrina e pela jurisprudência portuguesa como contratos atípicos - isto é, não correspondentes a nenhum dos tipos contratuais regulados por lei - que são celebrados ao abrigo do princípio da liberdade contratual. A disponibilização de espaços em Centros Comerciais não obedece, assim, na presente data, a um regime jurídico específico.”¹³

Conforme se denota do exposto, os contratos de utilização dos centros comerciais, são contratos de adesão e atípicos, formados pela união de várias espécies de contratos, possuindo, por essa razão, características singulares, que requerem soluções específicas aos casos concretos, uma vez que as suas cláusulas são diferentes daquelas que norteiam outras espécies de contratos com regime jurídicos próprios.

Pedro Gomes da Cunha complementa afirmando que “atendendo à natureza das relações que se estabelecem entre Promotor e os Lojistas, estes contratos apresentam, de fato, características díspares de outros regulados por lei (como é o caso do arrendamento para comércio) e exigem a adoção de soluções específicas e diversas daquelas que disciplinam outras relações contratuais. Note-se, no entanto, que se encontra em preparação um regime jurídico aplicável aos Contratos de Utilização, o que poderá trazer alterações significativas quanto à atual liberdade contratual das partes na celebração destes contratos.”¹⁴

Analisando a estrutura e procedimentos adotados na celebração dos contratos de utilização, nota-se a presença de fortes traços dos contratos de arrendamento comercial, sendo as características destes predominantes, mas não absolutas, uma vez que o princípio da liberdade contratual entre as partes impera na celebração do contrato, podendo conter cláusulas diversas, enquanto não houver um regime jurídico próprio a ser aplicado a estes contratos.

¹³ CUNHA, PEDRO GOMES DA, SOUSA, PEDRO TEIXEIRA DE, “Breves notas sobre o regime jurídico da rede nacional de plataformas logísticas”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º V, 2008, passim.

¹⁴ CUNHA, PEDRO GOMES DA, SOUSA, PEDRO TEIXEIRA DE, *op.cit.*, passim.

A despeito do assunto, Pedro Gomes da Cunha, finaliza expondo que “a prática de mercado desenvolveu um elenco exaustivo de estipulações contratuais que, regra geral, estão presentes na generalidade dos Contratos de Utilização celebrados em Portugal e que constituem uma importante ferramenta de gestão do Centro Comercial. Refira-se que as relações contratuais entre Promotor e Lojistas são também disciplinadas por outros instrumentos, que em regra constituem anexos dos Contratos de Utilização. É o caso do Regulamento Interno do Centro Comercial, do Regulamento de Condomínio ou dos Estatutos da Associação de Lojistas.”¹⁵

No que tange a forma do contrato, a jurisprudência tem entendido que devem aplicar-se as exigências formais de um contrato escrito, mesmo que se trate de um contrato atípico, sujeito ao princípio da liberdade contratual e da autonomia das partes. No que concerne a duração do contrato, verifica-se que este possui um caráter temporário e com duração determinada, que pode ser renovado ou denunciado, no final do prazo por qualquer uma das partes, desde que observado o prazo de aviso prévio.

Conclui-se, assim, portanto, que face à ausência de norma reguladora e observados os princípios da autonomia das partes e da liberdade contratual imperar na celebração dos contratos de utilização, não há um rol taxativo / exclusivo de cláusulas que devem constar obrigatoriamente nos contratos. A prática mercadológica, todavia, encarregou-se de desenvolver um elenco exaustivo de cláusulas contratuais reiteradamente presentes na celebração dos contratos de utilização, que funcionam como cláusulas norteadoras e disciplinadoras na gestão dos contratos celebrados.

5. Centros Comerciais sob a perspectiva brasileira

Seguindo a vertente de um universo globalizado e em franca expansão, os centros comerciais, chamados frequentemente de Shopping Center no Brasil, ganharam impulso e notoriedade a

¹⁵ CUNHA, PEDRO GOMES DA, SOUSA, PEDRO TEIXEIRA DE, “Breves notas sobre o regime jurídico da rede nacional de plataformas logísticas”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º V, 2008.

partir da década de 1960 e expandiu exponencialmente por todo o país. Foram construídos nos mesmos moldes Estadounidenses, sendo eleito pelo público consumidor como um local privilegiado de compras e lazer, caracterizados pela segurança¹⁶, comodidade, modernidade e praticidade.

Os proprietários dos centros comerciais são normalmente grandes grupos de investidores, holdings ou construtoras¹⁷, assim como nos Estados Unidos e Europa; a promoção, manutenção, gerenciamento e funcionamento dos centros comerciais em sua grande maioria estão a cargo de empresas gestoras, marcada inclusive pela presença de grupo administradores estrangeiros.

No Brasil, assim como ocorre em Portugal, os contratos de locação das unidades comerciais em centros comerciais são entendidos como contratos atípicos, e, embora não possua previsão legal expressa, utiliza-se, de forma oportuna e razoável, nos termos aos quais se aplica, a lei do Inquilinato (Lei 8.245/91)¹⁸, recepcionada a matéria por meio dos (arts. 52, § 2º e art. 54) da mencionada lei, em que o legislador reconheceu que embora se tratem de locações, estas revestem-se de características únicas que lhe são peculiares e não se confundem com as tradicionais locações de comércio de rua.

¹⁶ A obrigação em prover segurança aos lojistas e consumidores é atribuída aos empreendedores dos centros comerciais, tratando-se de um serviço complementar, diga-se, remunerado de maneira indireta, imbutido no preço das mercadorias. À título informativo no que concerne a segurança dos veículos nos estacionamentos, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro pacificou entendimento de que a responsabilidade de guarda provém, embora não formalizado o negócio jurídico, de um contrato de depósito celebrado entre as partes, nos termos da Súmula 130 STJ que determina que: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.” (Súmula 130, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/03/1995, DJ 04/04/1995 p. 8294), disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>, consultado na data de 23.12.2016.

¹⁷ PADILHA, VALQUÍRIA. *Shopping Center (Centro comercial) – a catedral das mercadorias*. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

¹⁸ BRASIL, Lei do Inquilinato n° 8245/91, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm, consultado na data de 28.12.2016.

Em atendimento aos princípios da boa-fé, da função social do contrato, aos entendimentos doutrinário e jurisprudencial subsume que deverão imperar nas relações entre os lojistas e os empreendedores dos shoppings centers, as condições livremente pactuadas nos contratos de locação, atendendo ainda as disposições procedimentais previstas na lei do inquilinato.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro, nessa mesma perspectiva entendeu por meio de seus julgados que “o controle judicial das cláusulas contratuais constantes de contrato de locação de espaço em Shopping Center deve ser estabelecido a partir dos princípios reitores do sistema de Direito Empresarial, partindo-se, naturalmente, do disposto no art. 54 da Lei de Locações (Lei 8245/91).¹⁹

6. Reflexões finais:

Pela análise detida do trabalho, foi possível compreender de forma sintetizada e esquemática questões pertinentes a origem e desenvolvimento dos centros comerciais, originário dos Estados Unidos na década de 1950 e chegado a Europa apenas uma década depois, observado o cenário político e social do pós guerra e de reconstrução pelo qual o velho continente passava.

Especificamente em Portugal, os centros comerciais chegaram apenas partir da década de 1970 e, apesar da crise que assola o país, segundo dados da Associação Portuguesa de Centros Comerciais este é um setor em franca e constante expansão, que garante movimentação e rentabilidade ao comércio, bem como geração de emprego e renda aos trabalhadores, caracterizando-se como uma realidade diferente do comércio tradicional de rua.

Inicialmente, quando surgiram os Centros Comerciais foi gerada grande controvérsia doutrinária, jurisprudencial e legislativa

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.409.849 – PR (2013/0342057-0) disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F03420570+ou+201303420570&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true, consultado em 27.12.2016.

pelo fato de o Contrato de Utilização caracterizar-se como uma nova modalidade de contrato, que não se englobava em nenhuma das espécies contratuais existentes e reguladas por lei, sendo, por essa razão, nominados como contratos atípicos, apesar de possuir fortes traços jurídicos do contrato de arrendamento, mas não absolutos, tendo em vista que podem conter cláusulas diversas.

A questão dos Contratos de Utilização dos centros comerciais serem de adesão e atípicos são considerados pacificados nos ordenamentos luso-brasileiro, visto que hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência consideram e aceitam de forma unânime a atipicidade destes, contendo, inclusive, inúmeras decisões dos tribunais nesse sentido; cabe aos princípios da autonomia das partes e da liberdade contratual, outrossim, garantir o equilíbrio na composição dos interesses das partes e eventuais lides que venham a surgir.

Conclui-se, por fim, que a prática mercadológica desenvolveu um elenco exaustivo de estipulações contratuais que, regra geral, estão presentes nos Contratos de Utilização celebrados, constituindo-se em uma importante ferramenta norteadora e disciplinadora na celebração dos contratos, ressaltando-se, contudo, que apenas se trata de um rol exemplificativo e não limitativo, uma vez que o cerne central da celebração dos contratos entre os gestores comerciais e os lojistas, pauta-se no princípio da liberdade contratual entre as partes.

Referências Bibliográficas:

- AFONSO, ANA ISABEL DA COSTA, “Os contratos de instalação de lojistas em centros comerciais: qualificação e regime jurídico”, 2003, Editora Coimbra.
- BRASIL, Lei 8.245, 18 de outubro de 1991, dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos pertinentes, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm, consultado na data de 03.01.2016.
- Superior Tribunal de Justiça, Sumula 130, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>, consultado na data de 27.12.2016.

Regime jurídico do contrato de estabelecimento mercantil.....

Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.409.849 – PR (2013/0342057-0) disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F03420570+ou+201303420570&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true, consultado em 27.12.2016.

Código Civil, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php, consultado em 18.12.2016.

Decreto / Lei nº 12 / 2004, de 30 de maio, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php, consultado em 18.12.2016.

Decreto / Lei 21 / 2009, de 29 de janeiro, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php, consultado em 18.12.2016.

CUNHA, PEDRO GOMES DA, SOUSA, PEDRO TEIXEIRA DE, “Breves notas sobre o regime jurídico da rede nacional de plataformas logísticas”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, n.º V, 2008, disponível em <http://www.uria.com/pt/publicaciones/buscador-publicaciones>, consultado em 18.12.2016.

FERREIRA, ANA FILIPA MARQUES FIGUEIREDO, “Limites à transmissão da posição contratual do lojista em centros comerciais”, 2012, p. 15 apud E. HOBSBAWM, 1995. A Era dos Extremos: O Breve Século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras.

PADILHA, VALQUÍRIA. “Shopping Center (Centro comercial) – a catedral das mercadorias”. São Paulo: Editora Boitempo, 2006.

PEREIRA, MARGARIDA e TEIXEIRA, JOSE AFONSO, “Centros Comerciais em Portugal - Evolução favorável num contexto adverso”, disponível em <http://www.apcc.pt/centros/evolucao.aspx>, consultado em 18.12.2016.

Portaria nº 424/1985 de 05 de Julho, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php, consultado em 18.12.2016.

VARELA, ANTUNES, “Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de

Abril de 1984, RLJ, ano 122º, nº 3780.

Artigo de leitura complementar, consultado em 21.12.2016, DUARTE, RUI PINTO, O penhor de estabelecimento comercial, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Volume III, Direito das Obrigações, Ed. Coimbra, 2007, p. 63 a 77.

Artigo de leitura complementar, consultado em 21.12.2016, disponível no site:

http://www.abreuadvogados.com/xms/files/05_Comunicacao/Artigos_na_Imprensa/Artigo_JCV_Regime_Juridico_dos_Contratos_de_Utilizacao_de_Loja_em_Centro_Comercial_in_Revista_Confidencial_Imobiliario_Outubro_2007.PDF

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil: uma solução no princípio da presunção de inocência

HUGO ROGÉRIO GROKSKREUTZ

1 – Do princípio da presunção de inocência.

A República Federativa do Brasil por se constituir em um Estado Democrático trouxe em seu bojo uma série de Direitos Fundamentais e reconheceu vários Direitos Humanos considerados de 1ª (primeira) geração/dimensão, que impõem de forma imediata ao Estado várias obrigações negativas, ou seja, obstam o Poder Público de realizar determinados comportamentos sob pena de lesar alguns dos Direitos Fundamentais/humanos que legitimam a Dignidade da Pessoa Humana, valor máximo de um ordenamento jurídico brasileiro (art. 1º, inciso III da CF).

Os direitos fundamentais de primeira geração/dimensão são aqueles decorrentes das revoluções liberais, marcados pelo individualismo, são direitos de cunho negativo que impõe abstenções ao Estado (*v.g.* vida, liberdade, presunção de inocência) (THEODORO, 2002, p. 28-29), e ampliam o domínio da liberdade do particular em relação ao Estado, vedando assim, a interferência do ente público na órbita individual, salvo para resguardar a prevalência desta mesma liberdade (WEIS, 1999, p. 38).

E dentre o rol de direitos fundamentais e humanos brasileiros se encontra o princípio da presunção de inocência, que sem dúvida é uma das maiores conquistas da humanidade no que tange e se refere ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, uma vez que rompeu paradigmas e impôs ao Estado o dever de provar a conduta ilícita de outrem antes de aplicar qualquer

espécie de sanção ou tratamento que possa denotar sua hipotética culpa. Como a própria terminologia indica o princípio da presunção de inocência faz com que todas as pessoas sejam consideradas inocentes até que se prove o contrário, significa dizer que todo e qualquer procedimento processual ou administrativo/investigatório deve partir da premissa de que o agente não é autor, coautor ou participe de uma conduta ilícita.

No Brasil a presunção de inocência encontra-se estampada no inciso LVII do art. 5º da Lei Maior que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Da mesma forma a Convenção Americana de Direitos Humanos também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (no Brasil Decreto nº. 678/1992) estipula em seu art. 8º item nº 2 que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”. Outra não é a previsão do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (no Brasil Decreto 592/1992) que em seu art. 14, item 2 *ipses litteris* dispõe: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Em verdade o Direito Constitucional e Convencional supracitados apenas confirmam o que já era previsto pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 adotada pela Resolução 217-A da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU – que estabeleceu em seu art. XI item 1: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Contudo, não se trata de um instituto jovem ou recente, pelo contrário, o princípio em comento “decorre diretamente da cláusula do devido processo legal, que remonta a Carta Magna de 1215, passando pela Constituição Americana de 1787 (emenda n. 5)” (SILVEIRA, 2001, p. 345), e “encontrou reconhecimento na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, seu marco ocidental, segundo o qual se presume a inocência do

acusado até prova em contrário reconhecida em sentença condenatória definitiva” (ROSA, 2014, p. 98).

A Declaração dos Direitos do Homem, dá época da Revolução Francesa de 1789, previu, no art. 9.º, que ‘todo homem se presume inocente até ser declarado culpado; se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor que não seja necessário à guardar da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (FERRARI, 2011, p. 686).

“A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivaleria a uma semiprova” (LOPES JR, 2013, p. 225), “em que pese ser reconhecido já no Direito Romano, foi com a Revolução Francesa que o princípio passou a ser compreendido no sentido de ‘entre a condenação de um inocente e a absolvição de um culpado, a segunda hipótese é preferida” (FERRARI, 2011, p. 686).

A presunção de inocência pode ser considerada como uma das vigas mestras do Direito Penal, e conseqüentemente, do Direito Processual Penal, visto que “enquanto o acusado não tiver contra si uma sentença penal, devidamente transitada em julgado, ele não poderá ser considerado culpado e não se submete ao status de condenado” (FACHIN, 2008, p. 290), em outras palavras:

Como se vê, embora possam expressar a mesma ideia, o princípio em questão pode ser denominado de dois modos: como presunção de inocência e como presunção de não culpabilidade. Isto é: quando se trata da presunção de não culpabilidade, se quer dizer que, enquanto não houver condenação definitiva, não se pode afirmar a culpabilidade do acusado; já a

presunção de inocência tem o sentido de que o imputado deve ser tratado como inocente no processo e fora dele (FERRARI, 2011, p. 686).

De outro lado:

De acordo com a escolha dos termos feita pelo legislador – não culpado ou inocente – depreende-se uma presunção de não-culpabilidade ou de inocência. A ambiguidade acerca de ser a presunção ou de inocência ou de não-culpabilidade, se existe, reside no fato de ter sido combinada, em única fórmula, uma regra de tratamento e uma regra de julgamento [...]. Doutrinária e jurisprudencialmente, os termos “inocente” e “não-culpado” são equivalentes, e constitui preciosismo extrair disparidade baseada apenas na preferência legislativa pelas palavras que compõem o preceito constitucional. Relevante é saber até que ponto o princípio oferece garantias para o acusado no processo penal (HADDAD, 2009, 79-80).

Denotasse que independentemente da terminologia utilizada, todos os atores envolvidos na persecução penal, seja na etapa administrativa/pré-processual de investigação, cumprimento de cautelares ou no ato de acusar, seja na etapa processual/jurisdicional, devem partir da premissa de que o agente é inocente e goza da presunção de inocência e de não culpabilidade. “Integra-se ao princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), garantindo que, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer o estado de inocência, absolvendo-se o acusado” (NUCCI, 2008, p. 82), por este motivo “o réu não tem o dever de provar sua inocência, cabe ao acusador comprovar sua culpa” (MIRABETE, 2008, p. 23), “por isso, no curso da

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

investigação e do processo penal, não são admissíveis providências discriminatórias que sejam adotadas como antecipação da punição ou que visam à estigmatização do indivíduo” (GRINOVER, 2009, p. 12) e mais:

Pela presunção de inocência, as medidas cautelares durante a persecução estão a exigir redobrado cuidado. Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar, ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa atrás de apresentação da imagem ou de informação conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura (TAVORA; RODRIGUES, 2013, p. 54).

Em outras palavras, tanto a autoridade Policial, quanto o órgão acusador e o Poder Judiciário deverão observar e respeitar o conteúdo do princípio da presunção de inocência como forma de controle do próprio Estado e proteção dos administrados/jurisdicionados, cabe às autoridades policiais indicarem elementos mínimos quanto à materialidade e autoria do crime antes de qualquer medida repressiva ou restritiva da liberdade, ao *Parquet* o ônus de comprovar estes mesmos elementos para se pleitear a condenação criminal de outrem ou a incidência de qualquer medida cautelar, e o Estado-juiz presumi-lo inocente em suas decisões caso não haja provas cabais da autoria e materialidade delitiva.

Ora, “se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão uma garantia de segurança (ou de defesa social)” (LOPES JR, 2013, p. 225). E por ser um princípio de tamanha envergadura é patente que qualquer condenação ou restrição aos seus direitos devem se basear em provas, e não em ilações ou conjecturas completamente desconexas ou meramente

opiniões pessoais, e sequer é crível se falar em dados estatísticos, uma vez que:

Na verdade, pouco importa se a inocência do acusado, na maior parte das vezes, é infirmada. Não se trata de presunção *hominis*, que se funda na experiência de vida, naquilo que normalmente acontece, mas se cuida de presunção legal, estatuída por lei para suprir vazios probatórios e decisórios [...]. Presunção é ilação que se extrai de um fato conhecido para chegar à demonstração de outro desconhecido. Presunções são instrumentos normativos que injetam alguma crença no mundo real com a perspectiva de que a realidade esteja próxima do que se fez crer como verdadeiro. Alguns postulados quando incorporados na lei, são conhecidos como presunções legais. Estas são mandados legislativos em virtude dos quais se determina o dever de aceitar proposições sempre que outra proposição encontre-se devidamente provada. A função básica da presunção é possibilitar a superação de situação de impasse do processo decisório, em razão da ausência de elementos de juízo e favor ou contra determinada proposição (HADDAD, 2009, p. 80-81).

Neste diapasão é crível asseverar que “a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna e externa” (LOPES JR, 2013, p. 230), incidindo tanto pelo Magistrado no momento de proferir

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

qualquer decisão, quanto pela autoridade policial ou pelo órgão acusador em meio a persecução penal pré-processual.

Todo o acima exposto é sintetizado por Nicolitt quando este assevera que o princípio incide em três dimensões distintas, quais sejam, regra de tratamento, regra de julgamento e regra de garantia:

O princípio da presunção de inocência atua em dimensões distintas, como já o dissemos. Primeiramente, atua como uma regra de tratamento; assim, embora recaiam sobre o imputado suspeitas de prática criminosa, no curso do processo deve ele ser tratado como inocente, não podendo ver-se diminuído social, moral nem fisicamente de outros cidadãos não sujeitos a um processo [...]. Não se esgotando na dimensão suprarreferida, o princípio em exame emite comando em relação ao campo probatório, agindo como regra de distribuição do ônus da prova e regrada de julgamento, em seu desdobramento *in dubio pro reo* [...]. Por fim, vê-se ainda na presunção de inocência uma regra de garantia [...] quando se diz que ‘toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma inocente quando não se comprove legalmente sua culpa’. (NICOLITT, 2009, p. 57-59).

Significa que toda e qualquer decisão proferida pelo Delegado de Polícia no inquérito policial, qualquer postulação pelo Ministério Público, ou qualquer decisão judicial no processo de cunho penal deverão se pautar na presunção de inocência, e qualquer afirmação ou entendimento em sentido contrário deve ser baseado em provas ou atos investigativos de razoável concretude que só retirarão por completo tal presunção após o

esgotamento de todas as vias recursais e a incidência da coisa julgada, visto que a sua presunção se aloca entre a presunção *iuris tantum* e a presunção *iuris et iure* conforme assevera Haddad:

O princípio da presunção de inocência coloca-se no meio do caminho entre as duas categorias. É presunção *iuris tantum* porque admite que seja desconstituída. É presunção *iuris et de iure* porque a simples produção de provas em juízo e eventual condenação não são suficientes para infirmá-la. A ocorrência do trânsito em julgado afigura-se indispensável (HADDAD, 2009, p 82).

Todo o *modus operandi* desempenhado na fase investigativa, a opção pela acusação na fase postulatória, e o momento decisório pelo Poder Jurisdicional deverão imperativamente se estruturar em elementos que indiquem a ocorrência de um crime e os agentes envolvidos na hipotética empreitada criminosa, sendo expressamente vedada qualquer interpretação ou ilações em sentido contrário. O fato de haver previsão expressa de presunção de inocência ou de não-culpabilidade preenche qualquer lacuna interpretativa ou legal, e impõe de forma compulsória a todo e qualquer representante do Estado a obrigação de primeiro acreditar que a pessoa é inocente, e somente após uma farta colheita de atos investigativos no inquérito policial e de provas no processo penal que confirmem as primeiras, lhes é permitido afirmar o oposto.

Por tais razões, atos de intervenção direta na vida privada, liberdade, inocência da pessoa humana tais como indiciamento, buscas e apreensões em imóveis ou corporais, prisões cautelares ou assecuratórias patrimoniais de cunho penal, denúncias, queixas-crime, delações premiadas, etc., deverão aguardar a indicação mínima de autoria e materialidade – sem prejuízo da necessidade que lhes são inerentes -, caso contrário, tais figuras não passarão de medonhas medidas antidemocráticas e de verdadeiro abuso de autoridade.

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

Não se trata de uma mera opção ou faculdade dos agentes estatais, mas sim, de um Direito Humano e Fundamental de 1ª (primeira) geração/dimensão que foi criado justamente com o desiderato de obstar arbitrariedades por parte daqueles que atuam em nome do Estado em matéria Criminal, “trata-se de preceito informador pelos valores de respeito à dignidade e à liberdade da pessoa humana, que deve ser observado em todas as atividades relacionadas a persecução criminal do Estado” (GRINOVER, 2009, p. 11) e conforme leciona Badaró:

A presunção de inocência é uma garantia política do cidadão. O processo penal é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência. A presunção de inocência é fundamento sistêmico e estrutural do processo penal acusatório, que surgiu como uma reação ao sistema inquisitório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana (BADARÓ, 2009, p. 114).

Desta forma, resta evidenciado que o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade é um direito fundamental e humano de conteúdo cogente que não apenas impõe ao Estado o ônus probatório no sentido de comprovar a autoria e a materialidade do crime, como também garante ao cidadão o direito de ser tratado em qualquer esfera administrativa ou judicial como inocente até que se tenha uma sentença condenatória com trânsito em julgado, e qualquer afirmação em

contrário é manifesta e inquestionavelmente carente de arrimo constitucional e convencional.

DO CRIME PERMANENTE

Imergir em uma análise mesmo que superficial quanto ao conceito de crime mostra-se imprescindível antes de adentrar nas discussões em torno da classificação doutrinária do denominado crime permanente.

Quid est crime? A resposta a esta pergunta, diz Battaglini, envolve a resolução de ponto fundamental para a construção científica de conceitos essencialíssimos, na sistematização dogmática do Direito Penal. Não abraça a doutrina entendimento uniforme sobre a extensão e âmbito do conceito de crime. Alguns pretendem confiná-lo nos estreitos limites de definição exclusivamente formal de técnica jurídica. Outros propugnam por uma noção de caráter substancial que se cristalize o sentido finalístico dos preceitos penais. Uma terceira corrente procura dar do delito uma dupla conceituação: a material e a formal. Há ainda os que acrescentam mais um elemento a essa definição. Simultaneamente formal e material, para que se tenha também, no conceito de crime, um traço sintomático que abranja, por isso mesmo, em seu conteúdo, a personalidade do agente (MARQUES, 2002, p. 01).

O conceito de crime pode variar de acordo com a conceituação utilizada, e parte de uma análise formal ou nominal, análise material ou substancial, e por fim de um conceito analítico ou dogmático. Segundo Prado “o delito é definido sob o ponto de vista do Direito positivo, isto é, o que a lei penal vigente incrimina

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

(*sub specie júrís*), fixando seu campo de abrangência – função de garantia (art. 1º, CP)” (PRADO, 2002, p. 206-207), em seu aspecto formal ou nominal somente é crime aquilo previsto em lei, há, portanto, uma análise superficial em torno da conduta e uma grande dependência ao aspecto legalista de delito, evidentemente que tal adequação típica é imprescindível em qualquer Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, o crime ainda pode ser visto sob o conceito material ou substancial, que para Prado “diz respeito ao conteúdo do ilícito penal – caráter danoso da ação ou seu desvalor social -, quer dizer, o que determinada sociedade, em determinado momento histórico, considera que deve ser proibido pela lei penal” (PRADO, 2002, p. 206-207). Neste ponto o conceito de crime leva em consideração os valores e as lesões causadas aos bens jurídicos relevantes para determinada coletividade juridicamente organizada e em determinada época, e sem adentrar no debate doutrinário e teórico o crime pode ser analiticamente conceituado como um fato típico, antijurídico e culpável:

Tipo é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal. O tipo exerce uma função limitadora e individualizadora das condutas humanas penalmente relevantes. É uma construção que surge da imaginação do legislador, que descreve legalmente as ações considera, em tese, delitivas. Tipo é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido. (BITENCOURT, 2010, p. 303).

Na sequência:

A antijuridicidade, por sua vez, é uma qualidade dessa forma de conduta, mais precisamente a contradição em que se encontra com o ordenamento jurídico. Todas as matérias de proibição, reguladas nos diversos setores do Direito, são antijurídicas para todo o

ordenamento jurídico.
(BITENCOURT, 2010, p. 346).

A culpabilidade seria uma forma de avaliação e reprovação da conduta do agente criminoso, que nas palavras de Bitencourt seria “uma justificativa mais clara possível do porquê e para quê da pena”. (BITENCOURT, 2010, p. 385), uma vez que:

Toda acción antijurídica reposa sobre una resolución del actor en el sentido de la “voluntariedad” de mover el cuerpo, o de dejarlo quieto, de lo contrario, no habría “acción” alguna. Pero la disposición anímica del actor, lon relacion al contenido ilícito de la acción, puede ser muy distinta, y conforme com ello se resuelve si el actor es reprobable y, em caso afirmativo, en que medida (VON BELING, 2002, p. 72).

Nesta ótica não basta o delito estar tipicamente previsto, o mesmo deve proteger valores importantes para a *populi* e ser notoriamente reprovável, todos os seus pressupostos devem estar simultaneamente presentes, caso contrário, estar-se-á na presença de uma conduta não criminosa, segundo Vargas:

A conduta penalmente ilícita, por questão de segurança jurídica, deve ser ajustável, subsumível, enquadrável em um tipo legal de crime. Esse “tipo” descreve o que é proibido, exatamente porque é ilícito (matar, furtar, roubar, causar lesão corporal, extorquir, etc.), ajustando-se, pois, à descrição legal, a ação é típica, mas ainda não basta. A conduta punível só se completa com a presença da reprovação, que, eventualmente, possa recair sobre ela e seu agente. Se não houver censura, ou reprovação, ou culpabilidade, não há crime. O crime, portanto, é uma ação típica, ilícita e culpável. Claro que o crime é um todo: quando praticado,

concorrem, de uma só vez, todos os seus elementos constitutivos, ou seja, ação, tipicidade, ilicitude e culpabilidade (VARGAS, 1997, p. 158).

Portanto, o crime pode ser conceituado como uma conduta típica, antijurídica e culpável, contudo, como qualquer outro instituto científico o crime igualmente é objeto de uma classificação doutrinária, os operadores do direito pesquisaram e chegaram à conclusão de que há várias formas de crime. E dentre as classificações existentes se encontra àquela pertinente ao momento da consumação do delito, remetendo assim aos denominados crimes instantâneos e os crimes permanentes, ou seja, levando-se em consideração o critério da consumação os crimes podem se consumir em um único ato ou se protraírem no tempo.

O crime instantâneo segundo Prado é aquele que “consoma-se em um único instante ou momento determinado” (PRADO, 2002, p. 210), significa dizer que o crime instantâneo é o inverso do crime permanente.

A principal característica dos crimes permanentes gira em torno da extensão de sua consumação, a mesma não cessa após o início dos atos executórios, muito pelo contrário, uma vez iniciada a execução este começa a se consumir até que o bem jurídico seja definitivamente extinto ou colocado em segurança. A execução se prolonga por um lapso temporal indefinido, uma vez que durante toda a realização da conduta o crime estará se consumando, em outros termos, durante cada minuto em que determinada comportamento se amolda ao tipo penal este estará se consumando, estando assim em uma constante situação de execução, e conseqüentemente, de flagrância, independentemente da época ou do momento em que os atos executórios se iniciaram.

A doutrina costuma conceituar o crime permanente de forma sucinta e muito semelhante, para Silva no crime permanente a “sua consumação se prolonga no tempo e o bem jurídico é continuamente agredido” (SILVA, 2002, p. 80), segundo Geraldo da Silva a “situação de dano ou perigo se protraí no tempo” (SILVA, 2002, p. 148), “o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação

ilícita depende apenas da vontade do agente” (CAPEZ, 2002, p. 233).

Os exemplos mais comuns desta modalidade delituosa são os crimes de tráfico de drogas, posse de arma de fogo, sequestro, enfim, são vários os crimes cuja execução se prolonga no tempo, e o *iter criminis* se paralisa e se dilata na consumação. No crime de tráfico de drogas o agente consome este delito durante todo o tempo em que permaneceu com a droga em sua posse para fins de traficância, o mesmo se diz quanto a posse ilegal de arma de fogo e durante o tempo que uma vítima de sequestro teve sua liberdade restringida, enfim, em todos os crimes permanentes, haverá uma prolongação de sua consumação.

Basta analisar os exemplos acima elencados para se observar que em todos o agente criminoso iniciou a execução, ou seja, começou a praticar o verbo incriminador que automaticamente estará se consumando e gerando efeitos em meio ao ordenamento jurídico. Após cogitar e se preparar para a conduta ilícita o agente inicia sua execução e neste mesmo instante consome a conduta delituosa que se desdobra durante todo o tempo em que o bem jurídico ficou em perigo concreto ou foi efetivamente lesado. Em síntese, o crime permanente é típico por haver uma incriminação legal, é antijurídica por violar um bem jurídico relevante para a sociedade, e se trata de uma conduta em geral reprovável e, portanto, culpável.

Essa espécie de crime impõe ao Poder Público e permite aos particulares realizarem a prisão em flagrante do agente criminoso a qualquer momento, visto que a consumação permanente destes delitos inexoravelmente acarreta um estado de flagrância constante e igualmente permanente. Tais hipóteses podem gerar desdobramentos gravíssimos em relação ao Direito Processo Penal, pois, até mesmo a privacidade e a inviolabilidade domiciliar poderão ser desconsiderados em razão da constante flagrância destes delitos.

Em meio ao processo penal brasileiro um dos institutos de maior destaque é a prisão em flagrante, trata-se de uma modalidade administrativa, precária e pré-processual de prisão que pode ser executada por qualquer pessoa e deve ser feita por qualquer Autoridade de segurança pública ou relacionada a

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

persecução penal. O destaque deste instituto decorre da possibilidade imediata de restrição do direito de liberdade quando um determinado crime estiver sendo executado, já se executou e há indícios de que o agente acabou de consumá-lo. Segundo Smanio o flagrante delito “é aquele que está sendo praticado” (SMANIO, 2000, p. 58), “diz-se que uma pessoa se encontra em flagrante quando ela está numa das circunstâncias previstas no art. 302 do Código de Processo Penal” (FEITOZA, 2010, p. 878), que por sua vez dispõe:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Observa-se que a figura dos crimes permanentes se amolda a hipótese abstratamente prevista no inciso I do art. 302 do CPP, uma vez que a execução e consumação do crime permanente se estendem por todo o lapso temporal em que a conduta estava sendo praticada, estando assim, inteiramente em estado de flagrância. A hipótese em testilha ainda é prevista pelo art. 303 do CPP segundo o qual “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

De outro lado os limites das buscas domiciliares estão previstas pela própria Constituição Federal que em seu artigo 5º, inciso XI consignou que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Enquanto não cessar a permanência, a prisão em flagrante poderá ser realizada

a qualquer tempo (art. 303, CPP), mesmo que para tanto seja necessário o ingresso domiciliar. Como a Carta Magna, no art. 5º, inciso XI, admite a violação domiciliar para a realização do flagrante, a qualquer hora do dia ou da noite, em havendo o desenvolvimento de crime permanente no interior do domicílio, atendido está o requisito constitucional (TAVORA; RODRIGUES, 2012, p. 567).

Enfim, o crime pode ser considerado como uma conduta típica, antijurídica e culpável, que dentre a sua classificação possui a figura do crime permanente, que por sua vez, o *iter criminis* se prolonga no tempo durante a sua execução estando assim em constante estado de flagrância e – em tese – permitindo a realização de buscas e apreensões.

DA BUSCA E DA APREENSÃO

Em que pese estarem atrelados e andarem juntos no Direito Processual Penal brasileiro, tanto a busca como a apreensão são institutos diversos, e como tais devem ser analisados de maneira individualizada.

Como a própria nomenclatura sugere a apreensão é uma consequência de um ato antecedente que é a busca, não é possível encontrar e apreender algo ou alguém se o objeto ou a pessoa apreendida não estiver sendo buscado ou procurado.

No âmbito jurídico a busca consiste em um ato material realizado por um agente público que se valendo de uma autorização legal ou de uma ordem judicial fundamentada adentra em determinado local em prol de encontrar provas, objetos ou pessoas e assim consignar o resultado de tal empreitada junto à algum procedimento investigatório ou processo judicial. Nucci conceitua a busca como sendo “o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realiza-se em pessoas ou lugares” (NUCCI, 2008, p. 511), “é a procura feita pela autoridade competente, ou por ordem desta, para os fins declarados em lei. Já

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

a apreensão vem a ser a medida que se sucede à busca; uma vez procurada a pessoa ou coisa, proceder-se-á à sua apreensão” (TOURINHO FILHO, 2001, p. 464-465).

Como é cediço todo e qualquer instituto possui uma natureza jurídica própria que reflete em sua compreensão no mundo fático e jurídico, por este motivo é imprescindível tecer algumas considerações em torno da natureza jurídica da busca e da apreensão, a natureza jurídica pode ser entendida como a localização em que determinado instituto ocupa em meio ao ordenamento jurídico, delimitando assim, a forma com que será aplicado pelos operadores do direito. Nesta toada à busca deve ser entendida como um instituto de natureza jurídica mista, uma vez que poderá ser utilizada como uma medida assecuratória ou como um dos meios de prova disponibilizados no Código de Processo Penal.

São medidas de natureza mista. Conforme o caso, a busca pode significar um ato preliminar à apreensão de produto de crime, razão pela qual se destina à devolução à vítima. Pode significar, ainda, um meio de prova, quando a autorização é dada pelo juiz para se proceder a uma perícia em determinado domicílio. A apreensão tem os mesmos ângulos. Pode representar a tomada de um bem para acautelar o direito de indenização da parte ofendida, como pode representar a apreensão da arma do delito para fazer prova (NUCCI, 2008, p. 512).

Salienta-se que tal hibridez permite severas críticas, uma vez que, ocorreu uma miscigenação entre um instituto cautelar que deve ser pautado na necessidade e adequação e outro de cunho probatório que deveria ser ônus da acusação e que não possui os mesmos requisitos, neste sentido:

A sistemática do CPP não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura

uma medida cautelar com meios de prova e, ainda, sob uma mesma designação, dois institutos diversos (busca de um lado e a apreensão de outro) [...]. Inicialmente, há que se distinguir os dois institutos, como bem assina Bastos Pitombo: Busca: é uma medida instrumental – meio de obtenção da prova – que visa encontrar pessoas ou coisas. Apreensão: é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é o ato meio) e ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória) (LOPES JR, 2011, p. 688-689).

Diante do conteúdo supramencionado a busca pode ser entendida como um meio de se obter uma prova, enquanto que a apreensão pode adquirir roupagens diversas, as vezes para cautelarmente resguardar a prova encontrada, para salvaguardar a vítima de um delito, bem como para restituir um bem ao seu legítimo proprietário ou para resguardar uma eventual indenização pelo crime cometido.

O procedimento se inicia pela conduta de buscar, procurar ou vasculhar um local certo e determinado ou revistar uma pessoa, e uma vez havendo êxito, poderão ser colhidas todas as informações e bens móveis úteis para a instrução processual, restituição ou indenização, significa dizer que sem busca não há apreensão. Trata-se de uma análise não apenas jurídica, mas sim lógica, visto que um procedimento que naturalmente é consequência de uma conduta antecedente não poderia se concretizar se o primeiro não tivesse se concluído. O código de processo penal brasileiro traz uma série de hipóteses que autorizam a utilização da busca e a consequente apreensão.

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Sendo assim é possível sintetizar que a busca é uma medida cautelar e um ato que é instrumento da apreensão que por sua vez tem cabimento como medida probatória, assecuratória e restituitória, quando houve respectivamente uma prova a ser colhida em determinado local ou com determinada pessoa, quando algum bem deve ser apreendido com o desiderato de garantir uma indenização civil em decorrência do crime cometido, ou para restituir determinado bem ao seu legítimo proprietário.

De acordo com os elementos já apresentados restou evidenciado que uma das espécies de busca é aquela realizada

junto ao domicílio do investigado ou acusado, e que tal medida permite aos agentes do Poder Estatal ingressar no âmbito de privacidade destes. Contudo, é importante encontrar mesmo que de forma sintética os limites e o conceito de domicílio em meio ao ordenamento jurídico pátrio, para tanto uma análise conjunta do Código Penal e do Código Civil deve ser realizada.

O Código Penal brasileiro não trouxe a definição de domicílio, mas de forma análoga indicou nos incisos do §4º de seu art. 150 o conceito de “casa”, em verdade, houve um equívoco legislativo, já que o *numen iuris* deste delito é justamente a invasão de domicílio, neste prisma, o conceito de “casa” poderá facilmente ser entendido como conceito de domicílio. De acordo com o dispositivo acima aludido a expressão "casa" compreende qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Por outro lado o Código Civil prevê de seu art. 70 ao art. 78 que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo, se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas, é também domicílio da pessoa natural, quanto às relações concernentes à profissão, o lugar onde está é exercida, e se a pessoa exercer profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que lhe corresponderem.

Domicílio é o lugar em que a pessoa se fixa com vontade de aí permanecer em definitivo. Vemos que a definição de domicílio nos conduz a dois elementos, um objetivo, como, aliás, na definição de residência (lugar em que a pessoa se fixa), o outro, subjetivo: vontade de permanecer em definitivo. O elemento subjetivo denomina-se *animus manendi*, ou vontade de permanecer. Domicílio é o local escolhido pela pessoa para ser a sede de sua vida (FIUZA, 2008, p. 164).

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

Tal afirmação ainda é complementada pelos ensinamentos de Aury Lopes Jr:

O primeiro problema que surge na análise da busca domiciliar é definir o que se entende por casa. Tal conceito deve ser interpretado de forma ampla, muito mais abrangente que o conceito do Código Civil brasileiro, deve abranger: a) habitação definitiva ou moradia transitória; b) casa própria, alugada ou cedida; c) dependências da casa, sendo cercadas, gradeadas ou muradas (pátio); d) qualquer compartimento habitado; e) aposento ocupado de habitação coletiva em pensões, hotéis, motéis etc.; f) estabelecimentos comerciais e industriais, fechados ao público; g) local onde se exerce atividade profissional, não aberto ao público; h) barco, trailer, cabine de trem, navio e barraca de acampamento; i) áreas comuns de condomínio, vertical ou horizontal (LOPES JR, 2011, p. 692-693).

Uma vez entendida a extensão do conceito de domicílio ao Poder Estatal é permitido ingressar na privacidade da pessoa e proceder a busca domiciliar e realizar uma eventual apreensão. Tal espécie de busca encontra-se prevista no já citado art. 240, §1º do Código de Processo Penal que em uma de suas partes prevê que a busca domiciliar terá cabimento “quando fundadas razões a autorizarem”.

Da leitura deste dispositivo exsurge um sério problema a ser observado, e consiste no grande teor de abstração inserto na expressão “fundadas razões”. O dispositivo legal em questão pode ser visto como uma das mais nítidas hipóteses de intervenção do Estado em dois dos direitos fundamentais previstos pela Carta Política, a privacidade e a inviolabilidade

domiciliar. Tal artigo peca gravemente ao trazer uma elevada carga de subjetividade em seu bojo que permite ao agente público ingressar em qualquer domicílio apenas com espeque em ilações decorrentes de sua análise pessoal e até mesmo desconexa de qualquer prova ou ato investigativo que indique uma “fundada razão”, já que sequer há uma definição do que é “fundada razão”.

Versa-se sobre uma falha significativamente grande da legislação processual penal brasileira, uma vez que, em meio a um Estado Democrático de Direito como este não se mostra plausível que direitos fundamentais e humanos sejam afastados apenas com base em critérios pessoais de agentes públicos no momento em que mentalmente escolhem o que é ou não “fundada razão”. A subjetividade e a imprecisão dos termos “fundadas razões” acarreta um sério risco para o Estado Democrático de Direito ao afastar a inviolabilidade domiciliar e a privacidade nos casos em que o agente público atuante na persecução penal se depara com um crime permanente cuja flagrância não é latente ou devidamente demonstrada.

Por tais motivos surgiram várias conjecturas a respeito do momento em que tal procedimento deverá ser realizado, para alguns, mesmo sendo um conceito jurídico indeterminado, basta haver fundadas razões, para outros deve haver uma certa ponderação em torno da existência de indícios para se ingressar no domicílio, já para uma terceira e acertada corrente, a busca domiciliar somente poderá ser realizada se precedida de um mandado judicial proveniente de uma decisão judicial fundamentada em atos investigativos ou em provas.

Conivente com a primeira situação segundo a qual a busca domiciliar poderá ser realizada sem mandado judicial e desde que haja “fundadas razões” Mirabete preleciona que:

A busca domiciliar é permitida “quando fundados razões a autorizarem” (art. 240, §1º). Como se trata de uma medida de exceção, constrangedora, que fere a liberdade individual, deve ser empregada com cautela e moderação, ou seja, quando se fundarem em suspeitas sérias de que a pessoa ou

coisa procurada se encontra na casa em que a busca deve ser feita e na necessidade indiscutível da medida (MIRABETE, 2008, p. 321).

Por sua vez Barros mostra-se favorável a segunda hipótese e aduz que somente quando houver certeza da ocorrência do delito ou do ingresso de uma pessoa que tiver que ser presa é que será prescindível a existência de um mandado judicial:

A realização de prisão no interior de casa, quando necessário efetuar-se busca, em não havendo autorização do morador para nela se ingressar, depende de mandado judicial específico ou a presença do juiz, salvo quando ocorrer perseguição e houver certeza de que ali se esconde aquele que tiver de ser preso (BARROS, 2002, p. 24).

Corroborando com a terceira hipótese Elmir Duclerc aduz que qualquer busca domiciliar deverá ter arrimo em um mandado oriundo de uma decisão judicial devidamente fundamentada:

Tem-se, portanto, que qualquer diligência voltada para a obtenção de prova, seja no âmbito do inquérito policial ou de ação penal já instaurada, dependerá, sempre, de autorização judicial devidamente fundamentada, o que, aliás, já era previsto de modo mais tímido pelo próprio CPP (art. 240 e segs.), antes mesmo de promulgada a CF de 1988 (DUCLERC, 2004, p. 149).

Levando-se em consideração que a busca domiciliar é realizada de forma abrupta e inesperada, bem como, que o Estado acaba por invadir não apenas o domicílio da pessoa, mas também a sua privacidade, que tal procedimento pode facilmente

violiar a dignidade humana, e constituir uma prova ilícita capaz de violiar o devido processo legal não há dúvidas de que a presunção de inocência será o fator relevante neste momento.

CONFRONTO TEMÁTICO.

Conforme já apontado os crimes permanentes se caracterizam por possuírem um estado de flagrância que se estende pelo mesmo lapso temporal em que o atinente crime está a se consumir, fato este que autorizaria em tese a violação da privacidade e da integridade domiciliar, no entanto, uma indagação deve ser realizada: a dúvida quanto à ocorrência de um crime permanente autoriza o ingresso de agentes públicos no interior de um domicílio e a mitigação da inviolabilidade domiciliar e da privacidade?

Como qualquer outro instituto jurídico a busca e a eventual apreensão devem pautar-se nos ditames constitucionais e convencionais de direitos humanos. O constitucionalismo balizou o sistema jurídico mundial e trouxe a sua superioridade e a sua supremacia como critérios para a interpretação segundo a Constituição. Logo, por ser processo penal uma vértebra do sistema espinhal jurídico instituído pela Constituição e pelos tratados internacionais de Direitos Humanos, é patente que todos os seus institutos processuais devem imperativamente respeitar os direitos humanos e fundamentais, pois, caso contrário a constituição não terá efeitos concretos como alerta Guerra Filho:

Assim sendo, considerando serem os direitos fundamentais o conteúdo essencial de uma Constituição como, a exemplo da que temos atualmente, as que se apresentam para fundar um Estado Democrático de Direito, conteúdo este ao qual se agrega a condizente organização institucional do Estado e da sociedade civil, para que se tenha, tudo somando, a Constituição em sentido substancial (GUERRA FILHO, 2007, p. 578).

A busca domiciliar e o crime permanente no Brasil...

Significa dizer que uma análise do Direito Fundamental e Humano da presunção de inocência deverá ser realizada para que uma busca domiciliar seja autorizada, cabe ao agente público comprovar que um crime permanente está se consumando em determinado domicílio, para então pleitear junto ao Poder Judiciário a concessão de um mandado judicial para o ingresso na privacidade de outrem. Haja vista que, se o agente tiver plena certeza de que um crime permanente está se consumando naquele local, é razoável concluir que o mesmo possui provas neste sentido, e por tal razão não há motivos fáticos ou jurídicos para não se apresentar tais atos investigativos para que o Estado-Juiz possa dar uma decisão fundamentada para tanto, caso contrário, estar-se-á realizando uma presunção de culpa.

Da releitura do modelo ilustrado extrai-se um sistema garantista de direito penal (e de processo penal), ou seja, um modelo composto por diversos axiomas, positivados na maioria das Constituições das nações ocidentais, e que funcionam uns como condições de efetividade dos demais, e, todos eles, como requisitos indispensáveis para que alguém possa vir a sofrer uma pena criminal. É justamente dessas garantias que vão ser extraídas as linhas mestras para a construção de toda a dogmática da prova no processo penal, nos seus diversos capítulos ou momentos. Em suma, a verdade, no processo penal, para muito além do mito autoritário da verdade real, depende, fundamentalmente, da observância das garantias processuais (DUCLERC, 2004, p. 172).

E considerando que o constitucionalismo trouxe consigo a superioridade da Constituição que por sua vez

reconhece os Direitos Humanos e impôs a todos o dever de interpretar o direito de acordo com tais preceitos, não restam dúvidas de que a busca e apreensão em casos de crimes permanentes devem também se pautar na presunção de inocência, caso contrário, o agente público estará fazendo uma interpretação contrária à Constituição, visto que a presunção de inocência conforme alhures asseverado, é um dos critérios de tratamento, de julgamento e de garantia que incidem de forma cogente no Direito Processual Penal brasileiro.

O Estado não pode agir e intervir do domicílio estruturado na presunção de culpa e na ausência de mandado judicial, sob pena de construir uma prova ilícita, que retirará a igualdade processual e irá impedir o correto exercício da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ora, se há fundadas razões, evidentemente haverá elementos mínimos de autoria e materialidade do delito que poderão ensejar uma decisão fundamentada e afastar qualquer vício que poderia surgir em torno da busca e apreensão realizados pelo Poder Estatal, ou nas palavras de Aury Lopes Jr:

Deve o juiz exigir a demonstração do *fumus comissi delicti*, entendendo-se por tal, uma prova da autoria e da materialidade com suficiente lastro fático para legitimar tão invasiva medida estatal. A busca domiciliar deve estar previamente legitimada pela prova colhida e não ser o primeiro instrumento utilizado. Para controle da observância desse requisito, a fundamentação da decisão judicial é o segundo ponto a ser destacado. Ao contrário do que se costuma ver, a busca domiciliar não pode ser banalisada, deve ter uma finalidade clara, bem definida e estar previamente justificada pelos elementos da investigação preliminar (LOPES JR, 2011, p. 692).

Neste prisma, mostra-se adequado afirmar que a presunção de inocência desautoriza qualquer busca e apreensão domiciliar fundada apenas na vontade do agente público e em suas “fundadas razões” que não estejam estruturadas em atos investigativos formalizados que possam ser analisados em uma decisão judicial fundamentada.

CONCLUSÃO

Diante de todos os fundamentos expostos é possível concluir que a presunção de inocência é um dos principais Direitos Humanos e Fundamentais que repousam no quadro de 1ª (primeira) geração/dimensão, acarretando assim uma regra de julgamento, tratamento e de garantia, expandindo e irradiando seus efeitos sobre todo e qualquer procedimento administrativo ou judicial da persecução penal.

De outro lado o crime pode ser analiticamente definido como uma conduta típica, antijurídica e culpável, que por sua vez foi doutrinariamente classificado em crime permanente quando sua execução e consumação de dilatam ao longo do tempo, permitindo assim, um constante estado de flagrância e permitindo – em tese – a realização de buscas e apreensões quando houver “fundadas razões”, porém, se há fundadas razões que demonstrem que um determinado crime permanente está se consumando, não há dúvidas de que estes dados podem ser formalizados em um caderno investigativo ou até mesmo em um processo penal que permitem uma decisão judicial fundamentada.

Da mesma forma é crível asseverar que o agente público pode realizar buscas e apreensões em caso de flagrante delito, e neste momento de decisão entre adentrar na esfera privada do domicílio ou pleitear um mandado judicial o mesmo terá que realizar um juízo de valor, e é exatamente neste momento que a presunção de inocência irá incidir e delimitar a decisão do agente público, que deverá ter certeza da ocorrência do crime permanente, caso não tenha certeza, sua decisão não passa de mera e inaceitável presunção de culpa.

Portanto, é plausível concluir que a busca e apreensão em casos de crimes permanente somente poderão ser

realizadas quando houver a mais clara e pura certeza da ocorrência do delito, se houver qualquer dúvida por mais simples que seja, o princípio da presunção de inocência deverá ser observado pelo agente público e ato de busca afastado, sob pena de haver a já aludida presunção de culpa, que é repudiada em qualquer Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas consequências e sua compatibilidade com a presunção de inocência. In. LIMA, Marcellus Polastri. SANTIAGO, Nesto Eduardo Araruna. **A renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BARROS, Antonio Milton de. **Considerações sobre a busca pessoal e domiciliar, em face da constituição federal**. In. SILVA, Marco Antonio Marques da. Tratado Temático de Processo Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte geral**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Volume 1. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DUCLERC, Elmir. **Prova Penal e Garantimos: Uma investigação crítica sobre a verdade fática construída ao longo do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2008.
- FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª edição. Niterói: Impetus, 2010.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FIUZA, Cesar. **Direito Civil Curso Completo**. 11ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Por uma Teoria Fundamental da Constituição: Enfoque**

- Fenomenológico.** In. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Estudos de Direito Constitucional e Urbanístico: em homenagem a profa. Magnólia Guerra. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e garantias constitucionais. In. LIMA, Marcellus Polastri. SANTIAGO, Nesto Eduardo Araruna. **A renovação Processual Penal após a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A real dimensão da Presunção de Inocência. In. LIMA, Marcellus Polastri. SANTIAGO, Nesto Eduardo Araruna. **A renovação Processual Penal após a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** Vol. I. 8º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. **Direito Processual Penal.** 10º edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** Campinas: Millennium, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18º edição. São Paulo: Atlas, 2008.
- NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processual Penal e Execução Penal.** 5º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Volume 1. 3º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 2º edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Processo Penal.** 2º edição. São Paulo: Atlas, 2000.
- SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. Volume I. 2º edição. Bauru: Edipro. 2002.

- SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 2º edição. Campinas: Millenium, 2002.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3º edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- VON BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal la Doctrina del Delito-Tipo*. Tradução: Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro. 2002.
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7º edição. Salvador: Juspodivm, 2012.
- _____ **Curso de Direito Processual Penal**. 8º edição. Salvador: Juspodivm, 2013.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. Volume 1. 6º edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos Fundamentais & sua concretização**. Curitiba: Juruá, 2009.
- WEIS, Carlos. **Direitos Humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CAPÍTULO XXXIX

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação

GABRIELLE KOLLING¹
UNISINOS(Brasil)

Introdução

Na sociedade hodierna, o sistema do direito tem que dar respostas que ultrapassam seus objetivos iniciais, assim, percebemos que novas demandas sociojurídicas vão surgindo e o Direito fundamentado na perspectiva dogmática não responde às demandas da sociedade. Esses problemas novos só podem ser afrontados através de uma análise da complexidade típica da sociedade moderna, a qual permite observar e desvelar os seus paradoxos. Efetivar o Direito à Saúde é também “realizar” a democracia, que é uma luta cotidiana, é um processo de construção, visto que a saúde é um direito fundamental.

No âmbito de uma análise sistêmica, o sistema jurídico assume um lugar especial no sistema social. Diante disso, deve-se compreender o fenômeno jurídico contemporâneo não apenas como um puro fenômeno dogmático, mas como uma positividade imersa no processo de evolução, portanto, modificação, do fenômeno social. O direito, na sociedade complexa, passa a ser visto em permanente evolução, não só na perspectiva meramente legislativa, mas sim na perspectiva dos próprios sistemas sociais que predefinem o sentido das estruturas de dever no que tange à função do direito. Essas estruturas

¹ Doutoranda em Direito Público (Unisinos, Bolsista CAPES); Mestre em Direito Público (Unisinos); Especialista em Direito Sanitário (Unisinos e Universidade de Roma Tre); Bacharel em Direito (Unisinos). Professora Adjunta da Universidade Luterana do Brasil, de Torres (Ulbra). Contato: koll.gabrielle@gmail.com

podem ser identificadas, transmutadas, por meio da norma ou da jurisprudência, que dão sentido à nova positivação.

Assim, com o presente ensaio, pretende-se abrir espaço para a discussão acerca dos novos rumos e paradigmas de estudo da teoria do direito, especialmente a partir de uma matriz teórico-sistêmica, para analisar o direito à saúde nesse novo contexto, dando enfoque a sua efetividade no âmbito das políticas públicas. A pretensão não é trazer soluções imediatas, mas sim estabelecer um debate acerca disso, possibilitando o desvelar dos paradoxos, para a partir de então, tentarmos compreender o alcance da problemática e discuti-lo de modo a compreendê-lo como afirmação da cidadania.

O Direito à saúde e as Constituições: contexto histórico e a Constituição Federal de 1988

Este trabalho procurará abordar a problemática da efetivação² do Direito à Saúde no tocante ao papel da Constituição, além de analisar a relação que se estabelece entre o Sistema do Direito e o Sistema Sanitário, bem como o Sistema da Política. Trata-se de uma leitura sistêmica do fenômeno jurídico, cuja captação se dá num plano bastante alargado, isto é, uma realidade plural de múltiplos sistemas sociais e do surgimento de seus respectivos projetos de organização política.

Com a evolução da sociedade temos concomitantemente o aparecimento de novas demandas sociais bem como políticas públicas, que acabam por se inserirem nesse movimento de luta social, como um pensamento alternativo, eis que é nesse contexto que se faz repensar a problemática ora exposta.

Dentre as várias definições de saúde, trabalharei com a de AITH³, que define a saúde como *um bem jurídico relacionado de forma indissociável com o maior bem jurídico que existe, a vida. A saúde, longe de ser apenas a ausência de doenças ou enfermidades, configura-se no estado de bem-estar físico, social e mental.*

² Entenda-se aqui que efetivação (efetividade) é diferente de eficácia, pois aquela está atrelada ao mundo dos fatos, da aplicabilidade da norma, enquanto esta está no plano de validade da regra jurídica.

³ AITH, Fernando Mussa Abujamra. *Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007. p. 394.

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação

É a partir dessa definição que se deve pensar o direito à saúde como demanda jurídica voltada à inclusão social, para que tal direito seja pauta de discussão de direitos mínimos, exigindo-se não só a ampliação da tutela jurisdicional, mas sim das políticas públicas de saúde, de sorte que a relação entre o Sistema do Direito e da Política possa resultar em Políticas Públicas de Saúde realmente eficazes.

Tal direito enquadra-se nos chamados *direitos de segunda geração*, que surgiram por meio dos movimentos sociais do século XIX, sendo que o Estado passa a ter um papel mais ativo, ou melhor, positivo, com o intuito de assegurar também os *direitos de igualdade*⁴. O processo de ampliação de direitos (gerações de direitos) é fruto de uma demanda da cidadania, que acabou por fomentar a intervenção do Estado no domínio econômico e social, realidade evidenciada a partir do século XX, é uma face⁵.

No âmbito constitucional, o direito à saúde passou por uma longa trajetória de descaso: as Constituições de 1824 e 1891 não tratavam de tal temática, entretanto, o cunho social do texto constitucional de 1934 expressou preocupação com a questão do direito sanitário, eis que fez previsão de medidas legislativas e administrativas referentes à diminuição da mortalidade infantil, além de higiene social⁶.

Durante esse período ditatorial vivido pelo Brasil, a Europa passava por um processo de Reforma Sanitária, um verdadeiro modelo de reversão de pensamentos, enquanto o Brasil vivia um verdadeiro déficit democrático e de cidadania. No Brasil, a principal preocupação dos regimes ditatoriais era justamente manter a ausência de doenças, bem como a necessidade de garantir que os trabalhadores continuassem com as mínimas condições de trabalho, a fim de manter a mão de obra e, fundamentalmente, a ausência de contaminação em relação aos patrões. Nota-se que a saúde estava atrelada a um sistema social

⁴ COSTA, Luiz Fernando Gaspar. *Listagem de medicamentos e a decisão proferida na STA n. 59-STJ. A justiciabilidade dos direitos sociais*. Revista Direito Sanitário. São Paulo, v. 5, n. 1. 2004. p. 124.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. *O Direito à Saúde*. São Paulo: Revista de Saúde Pública, 1988, n. 22. p. 57-63.

nos moldes de seguro, visto que somente poderiam ter acesso a esse sistema, os trabalhadores formais que contribuíam regularmente.

A Reforma Sanitária e o Movimento Sanitarista no Brasil: influências no Processo Constituinte de 1988

Este processo de Reforma Sanitária, vivido na Europa, teve reflexos no Brasil. Frente à articulação do Movimento Sanitário brasileiro e ao processo de legitimação pelo qual esse movimento passou, outros atores sociais integraram-se a ele, tais como sindicatos e centrais sindicais, movimentos populares da saúde e alguns parlamentares. As principais reivindicações eram referentes à construção de uma política de saúde eminentemente democrática, face ao momento histórico vivido na época: saída de um regime ditatorial e transição para um processo de (re)democratização.

Esse pleito (política de saúde democrática) estava focado na participação popular, por meio da sociedade civil organizada, além da descentralização e universalização das ações e serviços de saúde. Ou seja, a proposta de uma verdadeira reforma no setor, centrada em uma nova concepção de Estado, especialmente focada em alguns aspectos, tais como: cooperação, integração e solidariedade, redefinindo, assim, as tarefas das esferas de governo.

Durante o período de ditadura militar, nas décadas de 60 e 70, ocorreu um processo de privatização da assistência médica, que foi institucionalizada por meio da captura de despesas sociais por determinados grupos sociais, motivados por interesses econômicos. Pode-se dizer que se operou uma verdadeira “compra e venda” dos serviços médicos, onde o vendedor era o Estado e o comprador era o Setor Privado. Como consequência, o direito à saúde, com a pretensão de ser universal, ficou adstrito às possibilidades econômicas, dificultando efetivamente o acesso a esses serviços.

Como consequência desse contexto, surge um novo ator social, especificamente um ator político, com objetivo distinto desse movimento de privatização da saúde. Esse ator pleiteava influências na organização da saúde pública no Brasil. Eis o

Movimento Sanitarista! A relação entre esses dois atores – grupos privados e o Movimento Sanitarista – representava oposição um ao outro, pois se tratava de políticas antagônicas, passariam a influenciar fortemente o desenvolvimento da política de saúde brasileira.

O ano de 1985 é um marco histórico no processo de universalização da atenção à saúde, pois iniciou a luta por esse processo. No ano seguinte, houve a *pré-constituente da saúde*, que se realizou por meio de uma Conferência Nacional de Saúde, a oitava conferência, especificamente. Nessa conferência foram consagrados os princípios que norteiam a organização do Sistema Único de Saúde⁷. Diante de tal quadro é que se estabeleceram os principais eixos, inter-relacionados, objeto de discussão política acerca da saúde no Brasil, especialmente na década de 80. Os eixos foram: privatismo x sanitarismo; centralização x descentralização e universalização x segmentação.

A década de 80 também foi marcada por uma transição política, pois o “ator social” Fernando Collor propôs algumas rupturas, dentre as quais, romper com um modelo implementado pelo Governo Vargas, cujo modelo paradigmático era econômico-desenvolvimentista. Essa ruptura e o conjunto de medidas-estratégias utilizadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), visando implementar políticas públicas, acabaram por ensejar uma nova estrutura da política de saúde do Brasil. Ou seja, mais uma vez demonstra-se a relação e a relevância existentes entre os sistemas do direito, da política e sanitário.

Note-se o paradoxo estabelecido na sociedade brasileira hodierna, pois na medida em que tivemos um processo pré-constituente voltado, dentre outras atenções, à saúde, vivencia-se duas décadas depois, um processo de privatização da saúde, seja no âmbito dos hospitais, planos da saúde ou dos demais serviços de saúde. Isso se dá em função da falta de efetividade deste direito. Entretanto, os paradoxos não param por aí, pois temos uma medicina estética avançadíssima, que é referência mundial, todavia, os índices de mortalidade infantil ainda são

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. *El derecho a la salud. Situación en Brasil*. p. 37.

extremamente altos, em contra partida, os índices de brasileiros que tem acesso a saneamento básico são demasiadamente baixos⁸.

É notável o atraso histórico do Constitucionalismo brasileiro em reconhecer o direito à saúde como um direito fundamental e elemento da cidadania do povo brasileiro, pois foi necessário que a sociedade brasileira esperasse quatro décadas, após o reconhecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que já reconheceu a saúde como um direito.

No que tange ao Direito Sanitário, leciona a professora DALLARI⁹, que este é um conjunto de normas jurídicas cuja finalidade maior é a promoção, prevenção e recuperação da saúde coletiva, é um direito regulatório por excelência, haja vista que a saúde pública precisa de regulamentação e proteção. Cabe salientar que essa regulamentação é também do sistema sanitário.

O texto constitucional recepcionou o conceito de saúde como completo bem-estar, entretanto, não deixou de lado a concepção da saúde como mera ausência de doença. Posto que a saúde e o equilíbrio ambiental consagram o bem-estar do ser humano, a saúde deve ser analisada sob dois prismas: o individual (subjetivo) e o coletivo, onde é notável a sua interface com a sociedade, onde os limites são impostos ao sujeito para que todos possam usufruir tal direito. A liberdade individual deve estar em consonância com a igualdade do referido direito social. Veja-se o que DALLARI¹⁰ diz acerca disso:

A Lei Maior da República estipulou
para que a saúde seja corretamente

⁸ Situação atual da Mortalidade Infantil por Região (ano base 2007, por mil nascidos vivos): região Norte 21,7%; região Nordeste 27,2%; região Centro-Oeste 16,9%; região Sudeste 13,8% e região Sul 12,9%. Fonte: Ministério da Saúde, disponível em portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/iesus.vol7_4_mortalidade_infantil.pdf. Acessado em 09/03/2009. No tocante aos índices de brasileiros que têm acesso à saneamento básico, a situação é ainda pior: 60% da população brasileira não têm acesso à rede de esgoto; 69,6% dos municípios brasileiros recorrem a lixões para o armazenamento do lixo, que tem reflexos diretos sobre a saúde (malária, hepatite, dengue, etc.), conforme estatísticas do IBGE. ATLAS do Saneamento. Correio Brasiliense, 23 mar. 2004. p. 15-16.

⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário. In Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Editora MS, v I, 2003, p. 39-64.

¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

determinada em seu texto. Assim, vinculou sua realização às políticas sociais econômicas e ao acesso às ações e serviços destinados, não só, a sua recuperação, mas também, a sua promoção e proteção. Em outras palavras, adotou-se o conceito que engloba tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar (...)

Há que se dizer que se deve vislumbrar o direito à saúde como um direito universal, pois na sociedade democratizada¹¹ o *status* de cidadão não pode ser confundido com o de pessoa, pois tal direito, dotado de universalidade, atinge a pessoa. Essa ótica nos faz retornar à ideia que FERRAJOLI¹² traz ao tecer crítica ao conceito de cidadania, no que diz respeito a sua deformação. Veja-se o que o autor diz:

Em La base de esta operación hay una deformación del concepto de “ciudadanía”, entendido por Marshall no como un específico status subjetivo añadido al de la personalidad, sino como el presupuesto de todos los derechos fundamentales, incluidos los de la persona, a comenzar por los “derechos civiles” que, en todos los ordenamientos evolucionados y a pesar de su nombre, conciernen a los sujetos no en cuanto ciudadanos sino únicamente en cuanto personas.

¹¹ Entenda-se *sociedade democratizada* na perspectiva da proposta de Häberle, ou seja, nesse contexto, *a democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.* (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997. p. 38.)

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Tronta, 2001. p. 41.

No que tange à prestação positiva do Estado, uma parte do binômio referido anteriormente, o Estado Democrático de Direito absorve parte do *Welfare State*, no que se refere à aludida prestação estatal. Essa pretensão (prestação positiva- *Welfare State*) produz, simultaneamente, um processo de inclusão/exclusão, posto que na medida em que visa incluir, ou seja, proporcionar ao maior número de pessoas a universalidade desse direito, acaba por gerar um processo de exclusão, pois como bem pontua BOLZAN de MORAIS¹³:

(...) a fórmula includente do Estado Social vem substituída por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra perigos e riscos, sendo que aqueles outros – os excluídos- não têm chance de se assegurarem contra os mesmos, ficando sujeitos às prestações públicas de caráter subsidiário.

Essa relação de paradoxalidade também pode ser vista sob outro prisma: a relação de prestação (positiva estatal) e a relação de dependência que se estabelece. Ou seja, há a produção de complexidade, no modelo *Welfare State*, na medida em que a pretensão era a redução dessa complexidade.

Entretanto, não se deve esquecer que a saúde tem o prisma positivo e o negativo, no que tange à atuação do Estado: dever de atuação do Estado, bem como dever de abstenção. No dizer de CANOTILHO e MOREIRA¹⁴, nota-se a clara distinção dos referidos prismas: *o direito à saúde não impõe ao Estado apenas o dever de actuar pra construir o Serviço Nacional de Saúde e realizar as*

¹³ MORAIS, José Luis Bolzan de. O Estado Social e seus limites. Condições e possibilidades para a realização de um projeto constitucional includente. In: Caderno de Direito Constitucional (módulo 5). Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.p. 55.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 197.

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação

prestações de saúde, antes impõe-se igualmente que se abstenha de actuar de modo a prejudicar a saúde dos cidadãos.

A proposta do Estado de Bem-Estar Social foi incorporar a *questão social*, o que lhe acarretou um carácter eminentemente finalístico, propondo-lhe um carácter interventivo e promocional. Assim, o Estado Social passa a assumir funções atreladas diretamente ao seu principal ator: o indivíduo. Com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social desaparece essa característica assistencialista e essas funções assumem o “*status*” de direito, próprios da cidadania, da dignidade humana, integrando assim, a cidadania¹⁵.

O século XX foi marcado por uma mudança de paradigma: a atribuição à norma constitucional o *status* de norma jurídica. O modelo europeu foi superado, modelo este em que a constituição era um documento meramente político, tratava-se, então, de um mero “convite” à atuação do Poder Público, a concretização das propostas ficava adstrita, condicionada, ao aceite de tal convite. O Poder Judiciário não exercia nenhum papel na realização, interpretação, do texto constitucional. Com o *status* de norma jurídica, a Constituição desfrutava de imperatividade, o que acarreta, nos casos de inobservância, um mecanismo de cumprimento forçado, além de ganhar um carácter hierarquicamente superior¹⁶.

Atualmente, é possível conceber a saúde pública como um conjunto de ações e serviços de responsabilidade do Poder Público, efetuados de forma impessoal, contínua, permanente e com eficiência, tendo como objeto a prevenção de doenças, bem como a redução das limitações físicas, mentais e sociais, voltadas à coletividade, com o intuito de manter os indivíduos em condições de integrarem um estado de bem-estar físico, mental e social¹⁷.

¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. p. 34-35.

¹⁶ BEDÉ, Fayga Silveira; BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Professor J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 440-441.

¹⁷ COSTA, Franklin Rodrigues da. *O Caos da Saúde Pública: Efeitos do Descumprimento da Constituição e das Leis*. Brasília; Mimeo, 2002. p. 6-7.

Para trabalhar com tal conceito, deve-se recorrer a uma teoria também complexa, tal como a teoria dos sistemas, já que a saúde está inserida num processo de evolução e mutação, frente às novas tecnologias, ao risco.

Essas mudanças, cuja velocidade é extremamente alta, são vislumbradas, por exemplo, no descobrimento de novas doenças, bem como a sua propagação. Esse fator faz com que seja praticamente impossível encontrar uma solução única para o problema do direito sanitário. Isso faz com que se rompa com o paradigma de um conceito fechado de saúde, abrindo espaço, assim, para um novo conceito de saúde, que leve em consideração as características hodiernas da saúde, bem como do sistema social.

As Políticas Públicas e a sua relevância para o Direito

Com já dito anteriormente, o direito e a política guardam uma relação permeada pelos “valores” deste último sistema, visto que essa acaba por ser uma característica do fenômeno jurídico, especialmente do ramo do direito público. Hodiernamente, a definição de políticas públicas como sendo um campo do estudo jurídico, abre espaço para a interdisciplinaridade, pois o direito acaba estabelecendo relações com outras áreas do conhecimento, as quais, de certo modo, foram excluídas desde os primórdios do positivismo¹⁸. Ou seja, a sociedade requer um novo olhar às demandas sociais, dentre elas as demandas de saúde.

Outro ponto deveras importante dentro do direito, é a mudança de paradigma, no que tange aos direitos sociais. A postura anterior do Estado era abstencionista, entretanto, passa a assumir um papel de prestador, cujo enfoque recai sobre a característica da obrigação de fazer que surge com o advento e a positivação dos direitos sociais.

Compreender as políticas públicas como uma categoria jurídica, atende à necessidade de busca de concretização/efetivação dos direitos humanos, dentre os quais os sociais, especificamente o direito à saúde¹⁹. A evolução da

¹⁸ BUCCI, Maria P. Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria P. D. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-2.

¹⁹ *Ibidem*, p. 5.

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação

temática da fruição e gozo desses direitos é dotada de complexidade, pois demanda do Estado uma série de providências, medidas concretas, de modo a criar mecanismos para neutralizar, na medida do possível, os males da força excludente do capitalismo, de modo a incentivar o desenvolvimento humano.

O instrumento de efetivação do direito à saúde é a política pública, que pode ser definida como um programa de ação governamental, ou seja, um conjunto de medidas coordenadas, com o objetivo maior de movimentar a máquina estatal para concretizar um direito, no caso em tela, a saúde. O próprio artigo 196 da Constituição, como já referido, dispõe que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas (...) acesso universal e igualitário às ações e serviços (...)*”. Note-se que a própria Constituição já estabelece a estruturação das prestações em matéria de saúde, pois além de estabelecer as políticas sociais, estabelece também nos artigos 198 a 200, de forma inédita, o Sistema Único de Saúde.

Nesses moldes, o Sistema Único de Saúde não aparece como um programa que visa simplesmente resultados, mas sim como uma nova conformação, cuja finalidade maior é a coordenação da atuação governamental em todos os níveis federativos

As políticas públicas não são uma categoria instituída pelo direito, mas sim atividade do sistema político, *lato sensu*, e *strictu sensu* da administração pública. Nessa ótica, o Direito assume um papel de conformador entre as instituições que realizam as políticas públicas. Trata-se, em última análise, da comunicação entre o legislativo, o governo, a administração pública (burocracia) e o direito (regramento), ou seja, comunicação entre o sistema da política, incluindo aqui os seus subsistemas e o sistema do direito.

Essa relação da política e do direito dá-se mediante a comunicação que se estabelece entre esses sistemas, como já referido. A partir disso, pode-se dizer que cumpre ao direito conferir a expressão formal ao propósito da política, transformando-o em legislação, ou seja, especificamente normas de execução, pois como é sabido a administração pública age mediante a habilitação legal adequada. A real problemática surge

justamente a partir da necessidade de operacionalizar um conceito advindo da política dentro do direito vigente, objetivando uma construção futura²⁰. Assim, a política pública trata-se, então, de um *programa de ação*, visto que na perspectiva kelseniana, ela assumiria uma dimensão da eficácia social, a chamada efetividade.

Segundo SOLA²¹, o processo de formação de políticas públicas é fruto de uma dinâmica de fatores sociais, econômicos, políticos e ideológicos, cuja característica é a complexidade. Nesse cenário demasiadamente complexo é que se tem o processo de desenvolvimento do Brasil, cujo fundamento são as decisões políticas²². O desenvolvimento nacional pode ser considerado como política pública principal, harmonizando as demais, visto que o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos através de prestações positivas do Estado²³.

Desvelar esses paradoxos, conhecer os problemas do Estado brasileiro, bem como os obstáculos à atuação estatal, são essências para a busca de alternativas, na tentativa de superá-los, para então, podermos promover a democracia e, antes de mais nada, a cidadania do povo, entendendo o povo como sujeito da soberania

Diante dessas considerações necessárias para a compreensão das políticas públicas, pode-se denominar segundo AITH²⁴ que *se considera política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do*

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba* (Org.) Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 1997, v 2.

²¹ SOLA, Lourdes. *Idéias econômicas, decisões políticas: desenvolvimento, estabilidade e populismo*. São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998. p. 36-39.

²² IANNI, Octavio. *Estado e capitalismo*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 214-215.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *A organização constitucional da função planejadora*. In: *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington de Souza*. (Org.) Ricardo Lucas Camargo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 82-83.

²⁴ AITH, Fernando. *Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos*. In: *Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. (Org.) Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 232.

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação

Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos. Nessa atividade, o sujeito ativo é o Estado, seja por meio da Administração Pública Direta ou Indireta.

De qualquer sorte, pode-se dizer que, indubitavelmente, a efetivação do direito à saúde está de modo intrínseco ligada à realização de políticas públicas. A Constituição Federal fez previsão desses instrumentos “realizadores” do direito à saúde e é exatamente nesse contexto que se faz importante destacar o papel do Sistema Único de Saúde – SUS. É uma política pública que está em permanente processo de construção, evolução.

A sociedade e o sistema político

O sistema político, enquanto sistema de guia e controle da sociedade, desempenha uma função de extrema importância, especialmente sob a ótica do direito à saúde, no tocante a sua efetivação. Por isso, é necessária a análise da sua relação para com a sociedade.

É sabido que, em última análise, a função dos sistemas é reduzir a complexidade do ambiente. Quando se fala em sistema político, é até plausível pensar-se que o Estado corresponde ao sistema político. Entretanto, tal premissa é errônea, pois o Estado corresponde a um subsistema de um único sistema político. Ao tentar reduzir a complexidade, o sistema da política diferenciou-se em diversos subsistemas, tais como: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A redução da complexidade é também função do sistema político. Nesse caso, pode-se comparar essa complexidade ao *Leviatã*, imaginado por Hobbes, onde todos são contra todos, sendo que cada indivíduo é movido por suas paixões e o caos impera. Se não houver a redução da complexidade, o caos também imperará, como em Hobbes. Para evitar esse caos, os homens cedem o seu “poder” ao soberano e tem-se a figura do Estado.

O sistema político selecionará informações no ambiente para manter o governo, ou seja, que façam com que as decisões políticas continuem sendo obedecidas. Entretanto, o sistema político não pode ignorar as comunicações do ambiente, tais como as necessidades da saúde pública no Brasil atualmente, que

são inúmeras. Infelizmente, tem-se na atualidade uma rede de serviços públicos de saúde (sistema sanitário) que se comunica de modo deficitário com os demais sistemas da sociedade.

No âmbito da saúde, esse acoplamento estrutural é de extrema relevância, pois é a partir dos dispositivos constitucionais, que permeiam o sistema do direito, que o sistema da política poderá agir, algumas vezes, por exemplo, por meio de políticas públicas de saúde, como no caso do SUS.

Essa comunicação entre esses dois sistemas é importante, pois o sistema do direito, por si só, não consegue dar conta da efetividade da saúde, frente à complexidade do ambiente, à contingência, à evolução social, etc. Da mesma forma o sistema da política por si só não resolveria o problema, pois ficaria “engessado”, visto que é uma necessidade existir esse acoplamento estrutural.

Todavia, quando acontece o acoplamento estrutural entre dois sistemas isso não significa que existe uma fusão entre ambos, já que o que há entre eles é uma espécie de coordenação estável das operações respectivas²⁵, pois caso ocorresse tal fusão, haveria a corrupção dos sistemas, gerando o caos.

Um fator que influencia muito essa estreita relação entre esses sistemas é a positividade do direito e a democratização da política. Essa relação é estreita, como já dito, entretanto, são sistemas livres de coincidências e fechados no seu operar. É nessa esteira que é possível dizer-se que a democratização da política precisa de mais proteção jurídica ao particular, especialmente no que consiste ao âmbito do direito constitucional²⁶.

Deve-se excluir, de modo definitivo, a premissa de que a política é concebida como uma mera interpretação ordinária de uma Constituição fixada juridicamente. Apesar de as metas políticas, dentre outras coisas, insistirem na produção de “diálogo, conversa” e colocarem isso por meio de artigos constitucionais - como o caso da saúde-, por exemplo, pode-se conceber a

²⁵ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Pérez y Carlos Villalobos. México: Anthropos Editorial del Hombre, 1996. p. 20.

²⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 483.

O direito à saúde: uma análise constitucional do direito à efetivação

efetivação do direito à saúde como uma tarefa estatal, já que as resoluções jurídicas se orientam pelos fins pretendidos pela política, isso porque o dito sistema político denomina-se Estado. Essa relação dar-se-á mediante a comunicação, elemento base da sociedade.

A partir disso, é possível identificarmos a relação que se estabelece entre o sistema da Política, do Direito e o Sanitário, na medida em que o “Direito Sanitário” é a expressão da política pública de saúde, que logicamente é uma política social, com o objetivo de proporcionar a integração social. E é dentro do Sistema Político, na perspectiva das relações de poder, que se estabelecem as estruturações dessas políticas públicas sociais de saúde, a partir, é claro, dos acoplamentos estruturais já referidos.

A integração social faz-se necessária frente à concepção fluída e cambiante da saúde, pois são constantes as inovações tecnológicas, bem como as oportunidades econômicas e jurídicas de acesso à saúde, o que acarreta mudanças significativas dentro do contexto da saúde.

Considerações finais

A partir do presente estudo, pode-se dizer que o olhar sobre a dogmática atual mostra-se ineficiente diante do contexto ora apresentado. Nota-se que é necessário discutir a teoria do direito, bem como a dogmática, frente ao fenômeno jurídico atual, pois a complexidade constante é enfrentada através da verdade, e o direito, sutilmente, faz essa se mostrar como um problema. Weber já dizia que a verdade pode ser usada como critério de observação, mas a questão da verdade é ser contextualizada (pragmatismo).

Assim, a verdade é trocada pela racionalização. Os fins têm que ser suscetíveis de serem conhecidos pelos outros. A racionalidade, depois do século XX, é a efetividade: racionalidade é conseguir alcançar seus objetivos, é racional aquilo que tem efetividade, que atinge os fins desejados. Destarte, pode-se dizer que o problema do direito, hoje, é a efetividade. Por isso é necessário “observar” o direito a partir de uma matriz teórica sofisticada, tal como a sistêmica, que é uma teoria construtivista, capaz de enfrentar a problemática atual do direito: a efetividade.

No que tange à saúde, esse problema de efetividade torna-se mais claro ainda. Entretanto, deve-se dizer que a evolução social permitiu à saúde adquirir *status* constitucional. Isso conferiu ao direito sanitário a condição de área específica do direito, devido aos princípios insculpidos na seara constitucional, visto que a saúde pública é eminentemente matéria constitucional desde a criação do Estado Constitucional.

Assim, temos que a saúde é um direito constitucionalmente assegurado, mas politicamente não garantido, pois a sua efetivação depende diretamente da atuação estatal, seja por meio do poder legislativo – legislando sobre normas atinentes à saúde –, seja pelo judiciário – apreciando questões voltadas a lesões ao direito à saúde –, e pelo executivo – implantando políticas públicas de saúde. Todavia, no que concerne ao poder judiciário, deve-se cuidar para não acabarmos dando incentivo aos ativismos judiciais, sob pena de estarmos interferindo no princípio da separação de poderes.

É nítida a deficiência da política pública nacional de saúde – SUS –, bem como é a judicialização da saúde, fomentada por meio dos referidos ativismos judiciais, que são crescentes na sociedade hodierna, frente à insatisfação com as promessas não cumpridas de um “Estado Social”. É deficiente a comunicação entre os sistemas do direito, da política e sanitário, pois se percebe a falha nessas comunicações, o que gera a inefetividade do direito à saúde.

Referências bibliográficas

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.
- AITH, Fernando. **Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos**. In: Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. (Org.) Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BEDÊ, Fayga Silveira; BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Constituição e Democracia**.

- Estudos em homenagem ao Professor J. J. Canotilho.** São Paulo: Malheiros, 2006.
- BUCCI, Maria P. Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria P. D. (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Editora Coimbra, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A organização constitucional da função planejadora.** In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional – estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington de Souza. (Org.) Ricardo Lucas Camargo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba (Org.) Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 1997, v 2.
- COSTA, Franklin Rodrigues da. **O Caos da Saúde Pública: Efeitos do Descumprimento da Constituição e das Leis.** Brasília; Mimeo, 2002.
- COSTA, Luiz Fernando Gaspar. **Listagem de medicamentos e a decisão proferida na STA n. 59-STJ. A justiciabilidade dos direitos sociais.** Revista Direito Sanitário. São Paulo, v. 5, n. 1. 2004. p.119-135.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Trad. Miguel Pérez y Carlos Villalobos. México: Anthropos Editorial del Hombre, 1996.
- LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário.** In Direito Sanitário e Saúde Pública. Brasília: Editora MS, v I, 2003, p. 39-64.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. **O Direito à Saúde.** São Paulo: Revista de Saúde Pública, São Paulo, 1988, n. 22. p. 57-63.
- FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Tronca, 2001.

- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1997.
- IANNI, Octavio. **Estado e capitalismo.** 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **El derecho a la salud. Situación en Brasil.** Disponível em: www.bioetica.bioetica.org
- MORAES, Jose Luis Bolzan de. **O Estado Social e seus limites. Condições e possibilidades para a realização de um projeto constitucional includente.** In: Caderno de Direito Constitucional (módulo 5) Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.
- SOLA, Lourdes. **Idéias econômicas, decisões políticas: desenvolvimento, estabilidade e populismo.** São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998.

La dimensión del interés general en el cambio de las estructuras administrativas del estado español.

ODILIA MACHADO HOSKEN¹

Universidade do Porto (Portugal)

1. Introducción: La comprensión del interés general como categoría central del Derecho Administrativo

En general, los grandes principios son formulaciones bastante indeterminadas como en lo principio de interés general para la Administración Pública.

Lo que pasa es que es difícil de definir el interés general. Si opera, opera, pero es difícil de definir. Como ha dicho el Prof. Guillermo Andrés Muñoz:

“Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo, cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si

¹ Master en Derecho Administrativo por la Universidad del Oporto, Portugal

perdiera fuerzas, como se perdiera todo.”²

Todavía, es cierto que a pesar de ese carácter difícil de aprehender, difícil de asir, el interés público sigue preocupando hoy, de diversas maneras y por múltiples motivos, en distintos sectores culturales de occidente.

El interés público existe como un principio conformador del ordenamiento jurídico. Y sabemos que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia lo utiliza en forma totalmente promiscua y muchas veces indiferenciada, a veces sí a veces no, una serie de términos similares: interés público, interés general, utilidad pública, bien común, interés general del Estado, interés general de la sociedad. No se sabe si son sinónimos o si tienen sentidos precisos y diferenciados, ni tampoco hay una división clara en la doctrina que pudiera aclarar la cuestión de forma sencilla.

Lo que importa es que la Constitución española en su artículo 103. 1³ ha dicho sobre el “interés general”. Cuando se estaba debatiendo el texto, primero se habló de intereses colectivos, después de otro tipo de intereses y se llegó a la conclusión de que los verdaderos intereses colectivos, eran los intereses generales o lo interés público, usándolos como sinónimos. Pero como quedaba feo reproducirlo hacia una cierta cacofonía, administración pública e intereses públicos, entonces iban a elegir intereses generales. Por una coquetería gramatical, cambiaron interés público por intereses general. Eso demuestra que el uso es absolutamente, o en casi todos los casos bastante indiscriminado.⁴

Pero la idea del interés general o público no ha sido creada junto al Derecho Administrativo y ni tampoco tenía una

² MUNÓZ, Guillermo. *Él interes Público es como el amor*. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010.p. 30

³ Artículo 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

⁴ MELIÁN Gil, José Luiz. *Intereses Generales e Interés Público desde la perspectiva Del Derecho Público español*. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p.71

La dimensión del interés general en el cambio de las estructuras ...

configuración dada por él. Ya lo tenía antes del Derecho Administrativo sea un ramo autónomo del derecho en el siglo XVIII y le prestó su fuerza para servir como base de su estructura.

El surgimiento del interés generales distintos y superiores al interés privado o individuales tiene origen en la antigüedad greco-romana.

Según las lecciones de Norberto Bobbio, la formulación del primado del público se desarrolló como una reacción contra la concepción del Estado Liberal y demuestra que la “irreductibilidad de los bienes comunes contra la suma de los bienes individuales”, y que el individuo debe renunciar a su propia autonomía. Es como decir que vive la siguiente sentencia: “el todo viene antes de las partes”.⁵

Aún, según Norberto Bobbio, que menciona Aristoteles y Hegel: la totalidad tiene finales que no se disminuyen de ante a la suma de los finales de los miembros singulares que la componen y, el bien común, cuando alcanzado, cambiase para un bien de las partes, o, en otras palabras, la contribución de cada uno en conjunto con los demás solidariamente al bien común según las reglas de toda la comunidad, se impone por su órganos democráticos.⁶

Norberto Bobbio enseña que Aristoteles, en su libro *Política*, defiende como criterio decisivo entre las formas buenas y malas del gobierno, el interés común o interés personal; las formas buenas son las que quieren el interés común y las malas, que buscan el interés personal. Si los individuos se han reunido en las ciudades o comunidades es porque querían “vivir bien”; y para esto, es necesario que los ciudadanos miren por el interés común por intermedio de sus gobernantes.

En la Edad Media, surgió la idea del poder soberano que era justificado con la defesa por un reto gobierno de muchas personas (una comunidad política orgánica) y de sus interés comunes. Entonces, un gobierno no sólo proporciona bienes

⁵ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1987. P 24-25.

⁶ Idem, ibidem.

materiales, más y también la concretización de valores como por ejemplo la justicia que es una tarea del poder soberano.

Por influencia del cristianismo, en especial por los escritos de la *Summa Theologica* de San Tomás de Aquino, en la Edad Media había la concepción de que la solidaridad social justificaba las comunidades políticas, y los hombres se unen para conseguir el bien común que es lo que desean de la vida como el bien material, moral, espiritual e intelectual.⁷

De otra forma, las tesis liberales y contractualistas de los siglos XVII y XVIII alteran este sentido de bien común.

Para Locke, la base de la sociedad política no se encuentra en factores comunes a todos los hombres, pero en las necesidades y aspiraciones individuales. Los hombres tienen como el objetivo cuándo se asocian su propio interés privado y no la protección del interés público. Al principio, los hombres buscan la adquisición de bienes materiales y con la vida en sociedad es más fácil alcanzar este intento, que en la vida en anarquía.⁸

Con la Revolución Francesa, el individualismo llega a su consagración. La doctrina individualista reconocía la existencia de derechos indisociables de la condición humana y por eso, inalienables e imprescriptibles que son la inspiración para los postulados de la igualdad y libertad, bases del derecho del siglo XVIII.

Considerando la escuela del derecho natural que influenció el liberalismo, todos los hombres nacen libres e iguales. Entonces, todos debían ser iguales por la ley y tener plenitud de libertad para hacer lo que querían. Y es por eso que la Declaración de los Derechos de los Hombres y de los Ciudadanos de 1789 proclama en su artículo 1º “que los hombres nacen libres”, casi repitiendo la frase de Rousseau en el inicio del Contrato Social.⁹

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da Supremacia do Interesse Público – Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo*. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010. P. 207.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da Supremacia do Interesse Público*. In: *Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo em Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010. P. 209.

⁹ In Contrato Social, libro 1 de Jean-Jacques Rousseau: “*El hombre nace libre, pero en todos lados está encadenado.*”

Para Rousseau, si el ser humano permanece aislado ejerce una libertad plena individual, pero como la libertad está hecha para ser ejercida en comunidad, cuando el ser humano llega a habitar en sociedad esta plena libertad individual se ve reducida para dar paso a una libertad social. Pero esta ya no es plena porque ahora hay que respetar ciertas normas en esa comunidad; por lo tanto el hombre vive encadenado en todas partes porque nunca se puede desprender de la sociedad, pues el concepto de Hombre no se puede dar individualmente de la sociedad.

Luego, la solidaridad social dejó de ser la causa de la unión de los hombres en sociedad. Las finalidades de la sociedad eran asegurar la libertad natural del hombre siendo la ley la expresión de la voluntariedad de todos, y no como una opresión siendo una garantía de la libertad.

La necesidad de garantizar la subsistencia de la sociedad llevó la teoría del contractualismo a tener como base el deseo individual como su fuente de soberanía. No era más el bien común la base de la orden social que fuera sustituida por una idea utilitarista. Los hombres se juntaban en sociedad porque esto les era ventajoso. De esta forma, se cambia la idea de bien común, llena de datos morales e ideológicos por la idea del interés general que tiene una visión utilitarista.

En la lección de Rivero y Clement “el bien común sería la perspectiva filosófica del interés general” y esa filosofía aún explica que: “el bien está en el nivel de las finalidades honestas y el interés en el mismo nivel de los propósitos útiles.”¹⁰

Para Hobbes, el interés general es la suma de los intereses individuales y el soberano tenía que satisfacer el interés común que consiste solamente en satisfacer los intereses individuales juntos.

Y hoy es evidente los inconvenientes de un poder especificado en un plano utilitarista. La utilidad no lo es un bien en si o significa la presencia del interés general, principio formador de las actividades del Estado. En verdad, la utilidad la

¹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da Supremacia do Interesse Público*. In: *Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo em Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010. P. 206

que parezca para muchos es una señal de un verdadero abuso de la democracia.

Rousseau desarrollo la idea de interés general distinta de la suma de los intereses individuales. Para él, “cada uno de nosotros concede en común una parte de su persona e todo su poder para la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos cada parte de este cuerpo como un todo único y indivisible.”¹¹ Y por eso, el interés general es el fundamento del Poder Estatal, y este encarna el deseo de todos, el consentimiento se transmuta en la fuente de legitimidad del Poder. La voluntad general manifiestase a través de la ley, y encuentra su fundamento en la razón desvinculada de contenido axiológico. La ley es la expresión de una voluntad general.

El principio de legalidad conduce a la formación de la relación jurídica entre los actos administrativos, por un lado, el sistema legal (definición amplia) o de la ley en sentido formal (definición restringida) por el otro. De hecho, hay dos posiciones doctrinales sobre los términos de la relación entre los enfoques jurídicos. En un sentido amplio, está el principio acuñando por Maurice Hauriou que considera el acto administrativo conectado al “bloque de legalidad” (leyes, reglamentos, principios generales, costumbres). De otro lado, tiene Merkl, que enseña que la perspectiva del principio de legalidad de Administración se reservó el principio de legalidad a una relación formal con la ley. La solución ampliativa aumenta la amplitud de la incidencia de principio de legalidad. Por su parte, postula la restrictiva garantiza otros principios al lado de lo principio de legalidad.¹²

En la doctrina francesa, alude a el “bloque de legalidad” como una sustancia del principio de legalidad que abarca normas jurídicas de distintas jerarquías como la Constitución y las leyes escritas. Según Jean Michel de Forges: "El gobierno no puede funcionar de una manera arbitraria, debe cumplir con la ley, debe, en otras palabras, obedecer el conjunto de normas que forman el

¹¹ Jean-Jacques Rousseau en El contrato Social. Visualizado en: https://googledrive.com/host/0B2v_Q>IfemH8WDhwWVZaQ1hNclE/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20El%20Contrato%20Social.pdf

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Civitas, Madrid, 1986.

bloque de legalidad. Este es el contenido del principio de legalidad.¹³

Para Sylvia Maria Zanella di Pietro y José Joaquim Gomes Canotilho el principio de legalidad se plantea en un enfoque restrictivo en el que las administraciones públicas sólo realiza lo que está permitido por la ley: "En consecuencia, el Gobierno no puede, por el simple acto administrativo, conceder derechos de cualquier clase, crear obligaciones o prohibiciones impuestas a los ciudadanos; por tanto, depende de la ley."¹⁴

Canotilho entiende la legalidad como el principio de la supremacía y prevalencia de la ley y el principio del derecho de reserva. Separa los campos de la constitucionalidad y legalidad. La unión de Administración del sistema constitucional sigue el principio de constitucionalidad y no el principio de legalidad.¹⁵

Por lo tanto, la referencia a la Constitución española es interesante ejemplo de lo que se afirma en este tema: la "Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales" a actuar "con la ley, con toda sujeción a la ley" la realización de los intereses público exige la obediencia a los principios de la legalidad y del bloque de legalidad, aunque adopte una u otra concepción (restrictiva o ampliativo).

Jesús González Pérez cita el artículo 103. 1 de la Constitución española de 1976 como base de la argumentación de que el principio de legalidad no es el único responsable de unión de la actividad administrativa, sino también el principio de la buena fe. Concluye que la legalidad no agota el fenómeno de la regulación de la actividad administrativa, que funciona como una condición inicial.¹⁶

Para Gérman Fernández Farreres, la buena fe equivale a la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el

¹³ FORGES, Jean Michel de. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. P. 225. Traducción libre.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 61

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 371

¹⁶ PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004, p. 33

comportamiento ajeno y que impone el deber de coherencia en el comportamiento da Administración”¹⁷

Entonces, no le basta a Administración Pública actuar conforme la ley y toda la legislación, sino también perseguir el interés público a través de un comportamiento que no lo sea contrario a las expectativas de los ciudadanos.

Aún enseña Germán Fernández Farreres sobre la buena fe: “Por ello, la operatividad de este principio de protección de la confianza legítima tiene que desplegarse, en conjunción con los principios de seguridad jurídica y de legalidad de la acción administrativa, a partir de actuaciones, o alteraciones de actuaciones administrativas previas, que, no siendo en sí mismas contrarias al ordenamiento (desde luego, no arbitrarias), suponen o determinan un cambio de criterio o de decisión imprevisto o insospechado que frustran legítimas expectativas y producen efectivos perjuicios a sus destinatarios.”¹⁸

Por fin, sobre la discusión sobre la terminología y lo significado de la expresión “interés general” afecta uno de los tópicos más caros en la actualidad para el Derecho Administrativo. Su comprensión es importante para delimitar y evaluar la legitimación y los límites de una reforma en las estructuras administrativas del Estado actual. Lo que pasa es que si intenta cambiar el sentido del interés general como base de la actuación administrativa o, más o menos, como darle otra forma más moldeable para configurar finalidades menos públicas o generales.

“Ninguna duda cabe de que los cambios en los fines y funciones de Estado terminan incidiendo en las técnicas y, en última instancia, en la propia configuración estructural de la

¹⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p. 175

¹⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p. 176

Administración y Derecho Administrativo. Lo lógico es que así sea, pero, en no pocas ocasiones, esa incidencia se magnifica, incurriéndose en notables excesos”. Criándose degradaciones del sistema jurídico.¹⁹

Después de la tesis individualista del “interés general”, especialmente con la gravosa situación de la Revolución Industrial que causo profundas desigualdades sociales, en el Estado Social de Derecho volvió la concepción de que el interés público sería igual a la idea de bien común, perdiendo su carácter utilitarista y retornando con sus aspectos axiológicos. Una nueva concepción que muestra la preocupación con la dignidad de la persona humana.

Esta concepción se incorporó a la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, que hay puesto en relieve en su introducción publicada por el Departamento de Prensa del Gobierno Federal de Bonn en 1966 que:

“sus normas no se agotan con los principios sobre estructura y función de la organización pública. La Ley fundamental es mucho más que esto, es un ordenamiento de valores que reconoce en la defensa de la libertad y de la dignidad humana su más alto bien jurídico. Su concepción del hombre, todavía, no lo es de un individuo autocrático,

¹⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p.39

pero de la personalidad integrada en la comunidad y a esta vinculada de múltiples formas. Como expresión que sea tarea del Estado servir al ser humano, los derechos fundamentales abren la Ley Fundamental".²⁰

Por tanto, aunque el Derecho Administrativo haya surgido como ramo autónomo en el Estado Liberal con una característica individualista, él hay traído unos trazos de autoritarismo, de supremacía del individuo con finalidad de consecución del interés público. Y por eso decir que el principio de interés general desarrollo en el Estado Social del Derecho, creciendo la actuación del Estado en todos los sectores de la vida con el objetivo de corregir las desigualdades sociales traídas por el liberalismo.

En el Estado Social de Derecho, el Estado ha ganado una dimensión amplia para prestación de los servicios públicos esenciales que propiciaron el desarrollo da la actividad individual en todos sus aspectos. Por otro lado, el nuevo Estado prestador de los servicios públicos podría limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio del bien-estar colectivo de acuerdo con la ley. El Derecho Administrativo tiene como fin proteger las libertades individuales como instrumento de tutela del bien-estar general.

E la indeterminación del concepto de interés general no es causa del impedimento para aplicación de las normas constitucionales de protección de la persona humana. Tiene que garantizar el desarrollo de su vida digna. La vigencia del principio del interés general no pone en riesgo los derechos fundamentales, solamente los asegura de acuerdo con la concepción amplia del principio de legalidad, base del sistema jurídico administrativista.

²⁰ DESWARTE, Marie-Pauline. *Intérêt général, bien commun*. Reve du droit public et de la science politique en France et à létranger, Paris, n. 5, sep/oct. 1988. Traducción libre.

²¹El interés general debe ser aplicado no solo por la apreciación de la Administración Pública, sino también de acuerdo con la ley y todos los principios administrativos, en especial, lo de la legalidad y razonabilidad.

2. La sobrevivencia del interés general en los días actuales

La determinación de lo que sea interés general hoy se realiza primariamente en la Constitución de un modo directo por lo que se refiere a los derechos fundamentales o habilitando el Parlamento o el Gobierno para que actúe de acuerdo con los supuestos previstos.

Es de la Constitución que deriva las leyes – estatal o autonómicas que concretaran los principios rectores de la política social y económica (capítulo III del Título I), que informarán también la práctica judicial y la actuación de la Administración como poder público (art. 53.3).

La ley puede establecer lo que es de interés general en un determinado sector remitiendo a la Administración su desarrollo y concreción. Y también podemos decir, que su estructuración a través de organismo y fundaciones deben seguir una forma que mejor se adapte a este desarrollo y concreción.

Los preceptos de la Constitución analizados con anterioridad permiten deducir que la apelación al interés público como categoría jurídica ha perdido virtualidad para garantizar la legalidad de la organización y actuación administrativa.

La consideración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha supuesto una apreciación más ajustada de lo que sean intereses generales. Esos no tienen que ser identificados con el principio de ejecutividad del acto administrativo, que encuentra su fundamento constitucional en el de la eficacia con la que la Administración hubiera de servir a los intereses generales,

²¹ Sobre la notable imprecisión de lo que sea intereses generales, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p. 56, y la siguiente citación A.NIETO GARCÍA. *La Administración com objetividad los intereses generales*. En vol. Col. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor e. García Enterría. T. III Civitas, Madrid, 1991.

“normalmente inherentes a toda decisión administrativa. En la confrontación de estos con los intereses particulares es preciso algo más.”²²

Para impedir la suspensión no basta alegar su repercusión en el interés general.

El principio del interés general está en la base de todas las funciones del Estado y no sólo en la función administrativa. Y por esto constituye fundamento esencial de todos los ramos del derecho público.

En Derecho Administrativo está en la base de cuatro tipos de actividades que se comprenden en el concepto de función administrativa: fomento, policía y servicio público.²³

En relación al servicio público, es posible decir que es público, en dos sentidos: primariamente porque su titularidad es del Estado y porque es prestado para el atendimento del interés público que representa las necesidades colectivas esenciales. Tanto es verdad que, para definirlo, es común apuntar tres aspectos: el subjetivo (titularidad del Estado), el objetivo (atendimento al interés general) y el formal (sumisión a las normas del régimen jurídico público).

Nótese que en dos momentos históricos se refrieron a una crisis de la noción del servicio público, y no en su elemento objetivo lo que corresponde al interés general. Criticase el elemento subjetivo y el formal, por lo reconocimiento de que siempre el servicio público prestado directamente por el Estado puede ser prestado por particulares, bajo el régimen privado.

Y actualmente, el elemento subjetivo sufre ataques porque aún hay una falsa idea de que, la existencia de las actividades de titularidad exclusiva del Estado es incompatible con los principios de la libertad de iniciativa y libre competición.

²² COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *A Teoria do Acto e Justiça Administrativa. O novo Contrato Natural*. Almedina, Coimbra, 2006. Traducción libre.

²³ Según Germán Fernández Farreres: “ La actividade que la Administración despliega, si bien lo sea desde una perspectiva más estructural que material, acogiendo en lo esencial la clásica trilogía de policía, fomento y servicio público, que, sin perjuicio, claro es, de otras formas y del sentido finalidad de las mismas, que han ido ampliando el espectro de su actuación, creo que sigue siendo de gran utilidade pedagógica.” Op. Cit. Pp. 45-46.

Ocurre que la prevalencia del principio del interés general, la idea que inspiró el instituto del servicio público es que determinadas necesidades colectivas tienen que ser prestadas con carácter de universalidad, gratuidad, continuidad, aún que ejercidas por particulares.

No es aceptada como válida la idea de la existencia del servicio público exclusivo del Estado conflictiva con los principios de libre iniciativa o de la competencia. Es perfectamente posible la convivencia, en ámbito constitucional. Es una opción del legislador constituyente que decide cuáles son las actividades que, por su relevancia o economía o por la propia estructura del Estado.

El principio del interés general también constituye el fundamento de la actividad del fomento, por la cual el Estado subsidia, incentiva y ayuda la iniciativa privada, porque considera que el privado está para ejercer actividades que contemplan las necesidades colectivas, paralelas al Estado.

También para la actividad de regulación, la idea de protección del interés general está presentada y se puede definir como la implementación de reglas para la actividad económica destinadas a garantizar el funcionamiento equilibrado de acuerdo con los objetivos públicos.

La defensa del interés público corresponde al propio fin del Estado. El Estado tiene que defender los intereses de la colectividad. Tiene que estructurarse y actuar para favorecer el bien-estar. Para esta finalidad, tiene prioritariamente satisfacer el interés general y no el individual, en las hipótesis del ordenamiento jurídico. Negar la existencia del principio de la supremacía del interés general es negar al propio Estado.

3. Interés general como motivo o justificación para los cambios de las estructuras administrativas públicas del Estado Español.

El Estado, a través de sus aparatos administrativos, se ha convertido en un agente decisivo para el progreso y bienestar de las sociedades nacionales a través de la provisión a los ciudadanos de bienes y servicios que sólo el Estado se encuentra en

condiciones de garantizar en términos de equidad para el conjunto de la sociedad y así perseguir los intereses generales.²⁴

Todavía, a vista de lo que viene ocurriendo desde el inicio de la crisis, que hay traído el crecimiento de la deuda del Estado y un déficit público que degrada la economía y a veces no permite que el Estado sea un prestador eficiente de los servicios públicos, se impone reflexionar sobre la pertinencia de embridar las tendencias a la creatividad organizativa de los gobiernos y por medio de ese instrumento de racionalización objetiva y justa que debe ser la ley.

Por reclamar una necesaria salvaguarda de los derechos fundamentales y constitucionales que pueden resultar amenazados o preteridos por estar implicados en el régimen a que se sujetan unos u otros tipos de organizaciones instrumentales de la Administración Pública.

Para Germán Fernández Farreres: “En cualquier caso, lo cierto es que la doctrina iuspublicista sigue insistiendo en la necesidad de reajustar la Administración y el Derecho Administrativo a los nuevos tiempos. Tanta es la insistencia que algunos no han dudado en hablar de “cambio de paradigma”.²⁵

Las opciones organizativas de la Administración y de su actuación no pueden ser ajenas, en el Estado de Derecho, a la exigencia del cumplimiento del interés público de acuerdo con las disposiciones constitucionales que éste comporta en cuanto a la relación entre el Poder Público y los ciudadanos. “El debilitamiento del Estado frente a las grandes corporaciones – no digamos ya frente a ese concepto “quasimístico” de los mercados y que la crisis económica que nos embarga ha puesto tan en moda – viene acompañado del potenciamiento de las instancias supranacionales de todo tipo; unas instancias supranacionales que,

²⁴ SAINZ MORENO, Fernando. *La reforma administrativa en España*. In: VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de Administración Pública, Panamá, Octubre 2003.

²⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p. 40. Con la misma comprensión: LAGUNA PAZ. La renuncia de la Administración al Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*. P. 216. Y también: COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *Direito Administrativo sem Estado, Crise ou Fim de um Paradigma?*. Almedina, Coimbra, 2008

a la postre, aparecen como el único contra freno posible a la expansión del poder de las corporaciones y, sobre todo, de los mercados financieros. (...) Asimismo, el Estado está perdiendo protagonismo en beneficio de la sociedad y, en especial, en beneficio del mercado.”²⁶

De todo modo, no están al margen, de la garantía constitucional del Derecho Administrativo de cuándo la Constitución requiere en orden al efectivo sometimiento a la ley y al Derecho de todo lo que sustantiva y formalmente debe ser reconocido como Administración pública. Lo que ocurre además es que la falta de ajuste a las exigencias del Estado de Derecho en su proyección institucional puede dañar la consecución del interés general en su forma más objetiva y conforme la satisfacción de los derechos fundamentales.

Quizás con la crisis económica actual y mundial, hay una doctrina que si tiene por innovadora e intenta por un fin en el contenido del interés público, lo que parece lo mismo que negar las finalidades del Estado. Ellos defienden los efectos nocivos del principio para la economía estatal, y luego, aparecen como salvaguarda de los derechos fundamentales.²⁷

Sin embargo, estos defensores olvidan que los derechos fundamentales son reconocidos y existen en la Constitución junto al principio del interés general. Y que el Derecho Administrativo está sostenido en un binomio de autoridad y libertad que conviven en equilibrio con ayuda de la razonabilidad.

El principio de la razonabilidad no niega la necesidad de observancia del interés general, en cuando solamente es un instrumento de ponderación y adecuación de las actividades del Estado, su organización, finalidades y medios.²⁸

De momento, en suma, para retornar al rigor en los criterios organizativo del Poder administrativo en cuanto comportan modos distintos de someterse a Derecho en su toma

²⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p. 40

²⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da Supremacia do Interesse Público – Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo em Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p.p.216

²⁸ *Ibidem*, op. Cit. pp.217.

de decisiones, en la determinación y ejecución de sus políticas, en las condiciones y requisitos jurídicos de su actuación y del gasto que implique en el régimen de su personal, de sus bienes y de su contratación. Algo que es responsabilidad constitucional principal del Estado en sentido estricto, como es visto en el artículo 149, 1, 18ª de la Constitución que hay reservado la competencia y por tanto el deber y no sólo la facultad relativa *a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (...) que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas.*²⁹

Y con los fines de adaptación a las características propias según el momento temporal, a las necesidades a las que responde y la organización u organizaciones públicas implicadas en el cambio, a largo de su historia la Administración del Estado Español ha conocido numerosos procesos de reforma.

Después de la consolidación de la Constitución de 1978, en la década de los años noventa, empieza a desarrollar una nueva visión del administrado, en consonancia con lo que ya había ocurrido en otros países europeos, basada en la técnicas y en la experiencia privada que considera al ciudadano como un usuario que utiliza los servicios de la Administración, al que ésta debe servir satisfactoriamente y sobre el que debe girar toda su actividad.³⁰

A partir de 1996 y junto a la consolidación del Estado autonómico – con los traspasos competenciales en educación y sanidad y el impulso del Pacto Local y la denominada “segunda descentralización” –, las actuaciones en materia de reforma y modernización se han orientado en torno de una estructura organizativa flexible, ágil y eficaz; y de impulsar la eficacia y la calidad en la prestación de los servicios, que son estrategias que hasta hoy se buscan.

²⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *Necesidad de una regulación básica de las modalidades organizativas de las Administraciones Públicas*, In: vol. col. Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2012, pp. 297 ss.

³⁰ SAINZ MORENO, Fernando. *La reforma administrativa en España*. In VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de Administración Pública, Panamá, Octubre 2003.

El resultado más importante del proceso de reforma organizativa lo constituyó la aprobación en 1997 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estad (LOFAGE) y la Ley de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno.³¹

En la actualidad, tenemos la reforma administrativa del Estado Español ante la crisis, que se hay originado de la Comisión de la Reforma de las Administraciones Públicas - CORA creada por el Consejo de Ministros por un acuerdo, pues dentro del Programa de Reformas del Gobierno, una parte esencial se refiere a la reforma de las Administraciones Públicas. Para el gobierno actual, España necesita una Administración Pública austera y eficiente que sea un valor competitivo para el país. Para ellos, es necesario, en consecuencia, racionalizar estructuras, procedimientos y recursos. Y así comprende la reforma una racionalización del sector público, supresión de órganos y entidades duplicadas, y supuestamente serian ineficientes o no sostenibles.

Ocurre que el término de reforma administrativa ha aludido a múltiples realidades que no sólo la crisis. El papel de las Administraciones Públicas continúa siendo esencial para el progreso y las sociedades, las diferentes transformaciones que han tenido y tienen lugar en su entorno hacen que sea preciso introducir cambios en la organización y funcionamiento de los aparatos públicos para responder a los desafíos y las oportunidades que se plantean en la actualidad.

La reforma administrativa implica un extenso y gradual proceso de adaptación que presenta características propias según el momento temporal en que se produce, las necesidades a las que responde y la organización u organizaciones públicas implicadas en el cambio.

³¹ La LOFAGE consagró la división funcional en departamentos ministeriales, para los cuales establece una estructura mínima y común, y encarga la gestión territorial a las Delegaciones de Gobierno en las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los principios de integración territorial y economía y eficacia. Además impulso la profesionalización de los directivos públicos y supuso la racionalización de la Administración instrumental del Estado que se hallaba dispersa en la Ley de Régimen Jurídico de 1957 y en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988.

En España, las necesidades percibidas de la reforma pueden destacarse la urgencia de acometer procesos de desconcentración funcional, la reconversión de la Administración del Estado hacia funciones de planificación y coordinación, la consistencia en el actuar administrativo, la racionalización de la función pública, la reducción administrativa o la mejora de las relaciones con los ciudadanos.

Desde sus primeras actuaciones en diciembre de 2011, la reforma de las Administraciones Públicas emprendida por el Gobierno de la Nación se inspira en los siguientes principios:

- 1- La disciplina presupuestaria y transparencia pública;
- 2- Racionalización del sector público y supresión de órganos y entidades duplicadas, ineficientes o no sostenibles.

Y como resultado de ese análisis, se han planteado las medidas en el ámbito de la Administración General del Estado que se convierten en verdaderos cambios de la estructura administrativa española con una disminución de entidades, organismo y fundaciones para equilibrar los presupuestos del Estado.

A ejemplo:

- Organismos autónomos que se suprimen, integrándose sus medios en la organización ministerial
- Organismos autónomos que se fusionan e integran en otros existentes, con fines más generales y que aportan mayor volumen de recursos y actividad.
- Organismo autónomo que asume las funciones y medios de un Centro directivo adscrito hasta el momento a la organización ministerial
- Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social que se fusionan en una única entidad:
- Supresión de entidades mancomunadas de las mutuas de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
- Consorcios que se suprimen
- Fundaciones que se suprimen

La dimensión del interés general en el cambio de las estructuras ...

- Fundaciones que dejan de tener la consideración de fundaciones públicas
- Fundación que cambia de Ministerio de adscripción
- Fundación que se convertiría en organismo público
- Entidad pública que se suprime, integrándose sus medios en la organización ministerial
- Sociedades mercantiles que se extinguen

Es cierto que el planeamiento elaborado por los informes trimestrales elaborados por CORA ocupan un lugar central en reforma administrativa y tras entendimiento sobre los cambios y perspectivas más importantes que son adoptados por el Gobierno español en el ámbito de la reforma administrativa.

Observase que “todas estas transformaciones se pueden visualizar, entre otros muchos aspectos, en los planteamientos acerca de la organización administrativa. Las demandas de una mayor flexibilidad organizativa, también de un adelgazamiento de la Administración, que si viene sucediendo desde hace ya décadas.”³²

Estas transformaciones reflejan un movimiento de privatización de no pocas funciones públicas y no sólo en su dimensión normativa. Determinados poderes de inspección y control, de verificación y gestión, no están ya al alcance del tradicional aparato administrativo y, consiguientemente, la Administración necesita contar con colaboradores privados de manera creciente. Incluso, yendo aún más lejos, ha hecho acto de presencia con toda intensidad el fenómeno de la “externalización”³³, consistente, sin más en que la propia gestión de los asuntos responsabilidad de las Administraciones Públicas se encomiendan a empresas privadas por vía contractual,” o “por la vía de la aparición de una constelación de nuevas entidades

³² FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p.40.

³³ Más sobre el asunto: **FERNÁNDEZ FARRERES, Germán**. La Administración Pública y las reglas de la "externalización" In: Justicia administrativa : Revista de Derecho Administrativo. 2006. 33. p. 5-27.

instrumentales, como por la de la creciente sujeción de la Administración al Derecho Privado.”³⁴

Pero, es importante no olvidar que la Constitución de 1978 pone en relieve el interés general incluso en las estructuras y actuaciones de la Administración Pública, incluso sus relaciones. – art. 103.1. De interés nacional y de interés general en relación con la estructura y funcionamiento del Estado compuesto que es el autonómico (art. 144 y arts. 150 y 155) y en ese sentido para delimitar competencias del Estado y de las Comunidades autonómicas. Al interés general está subordinada toda la riqueza del país (art. 128, 1) o por exigencias de ese interés puede acordarse por ley la intervención de empresas, además de reservar al sector público recursos o servicios esenciales (art. 128, 2).³⁵

CONCLUSIONES

Para José Luis Melián Gil, los derechos fundamentales son intereses generales permanentes. Los intereses permanentes como obligación primaria a garantizar por la Administración, cualquiera que sea la participación de los particulares en su consecución.

La consecución del interés general requiere, en definitiva, una relación de Estado y sociedad que no se encuentre perturbada por el radicalismo de uno u otro sentido.

A superar la contraposición dialéctica público-privada ayuda la consideración de intereses supraindividuales y sociales que procuran la realización del interés general sin necesidad de integrarse directa o indirectamente en la estructura orgánica de una Administración Pública.

Los cambios y las reformas propuestas por el Informe CORA se producen ante la modificación de la estructura del

³⁴ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p.41-42

³⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J.L. Necesidad de una regulación ática de las modalidades organizativas de las Administraciones Públicas, In: vol. col. Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2012, pp. 297 ss.

Estado español, con la creación y la extinción de los organismos institucionales, mayor influencia del derecho privado en la gestión de la administración pública, y la contratación de entidades privadas, lo que caracteriza un movimiento que se ha iniciado en la última década para combatir la crisis. Estos representan una respuesta a las siguientes causas: la complejidad y especialización de las funciones y prestaciones administrativas; y la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión de esas funciones y prestaciones³⁶. Sin embargo, el resultado perseguido con estos cambios y reformas es la flexibilización de la estructura y actuación administrativa, sin perder de vista la consecución del interés público en juego.

Importante es que la Administración Pública debe actuar de acuerdo con el principio de legalidad, lo que corresponde en un Estado social y democrático de Derecho en el que la participación de los ciudadanos y el pluralismo. Supone una relación esencial entre la sociedad y el Estado y la negación de una asunción monopolista y excluyente de los intereses generales por la Administración o por entes privados.

Debemos volver a la noción del bien común mencionada al principio como idea integradora de intereses públicos y privados mientras se elaboran las reformas de la estructura de la Administración. Si el Estado se desentendiese del interés general, no sería social, si lo monopolizarse no sería democrático.

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 1987. P 24-25.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995
- COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *A Teoria do Acto e Justiça Administrativa. O novo Contrato Natural*. Almedina, Coimbra, 2006.

³⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *Sistemas de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2012 p.p 151

- COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo* – Parte General. 23^a ed. Civitas, Madrid, 2102.
- DESWARTE, Marie-Pauline. *Intérêt général, bien commun*. Reve du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, Paris, n. 5, sep/oct. 1988
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público – Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Civitas, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. *Necesidad de una regulación ástica de las modalidades organizativas de las Administraciones Públicas*, In: vol. col. Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, Madrid, 2012, pp. 297.
- MELIÁN Gil, José Luiz. *Intereses Generales e Interés Público desde la perspectiva Del Derecho Público español*. In: *Direito Administrativo e Interesse Público*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p.71
- MUNÓZ, Guillermo. *Él interes Público es como el amor*. In: *Direito Administrativo e Interesse Publico*. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- PÉREZ, Jesús Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2004.
- SAINZ MORENO, Fernando. *La reforma administrativa en España*. In: VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de Administración Pública, Panamá, Octubre 2003.

REVISTA:

Informe CORA de la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración- OPERA, Informe de seguimiento de septiembre de 2013. Visualizado en:

La dimensión del interés general en el cambio de las estructuras ...

<http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/BDCE2E62-85EE-4D59-B72B-79888906B581/0/InformeCORAPDF.PDF>

LEGISLACIÓN:

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

INTERNET:

https://googledrive.com/host/0B2v_Q_IfemH8WDhwWVZaQ1hNclE/Juan%20J.%20Rousseau%20-%20El%20Contrato%20Social.pdf

Reflexões sobre o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP a partir do bloco de constitucionalidade

MARINA FRANCO LOPES MAVROS FILIZZOLA¹

Universidad de Salamanca (Espanha)

1 INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2016, o julgamento do *habeas corpus* 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF) relançou a discussão sobre presunção de inocência ao voltar a se posicionar favoravelmente à execução antecipada da pena. O fato gerou controvérsias jurisprudenciais e protagonizou diversos debates, o que torna indispensável revisitar o conflito entre estado de inocência e execução antecipada da pena sob a perspectiva do bloco de constitucionalidade vigente e do modelo constitucional de processo, com o objetivo de verificar se a posição adotada pelo STF guarda harmonia com a interpretação da questão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto será feita revisão bibliográfica, a fim de estabelecer mencionados marcos teóricos e delinear como o estado de inocência deve ser compreendido, bem como pesquisa da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para selecionar casos que tratem do assunto e exame do julgado do STF, para então verificar como se dá o diálogo entre ambos.

A análise será feita, inicialmente, esclarecendo os contornos do novo constitucionalismo, que confere força constitucional às normas materialmente constitucionais, expressas ou não na Constituição. Em seguida, será brevemente delimitada a noção de processo dentro da qual o estado de inocência se

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Salamanca. Mestre e especialista em Penal pela Direito Universidade de Salamanca. Especialista em Ciências Criminais pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora na Universidade de Itaúna/MG

encontra como garantia. Partindo dessas bases, se procederá à necessária distinção entre prisão cautelar e antecipação da execução, encerrando os traços do arcabouço teórico que embasará o confronto da decisão prolatada no julgamento do HC 126.292/SP pelo STF com decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tangenciando o debate sobre execução antecipada da pena e estado de inocência. Ao final, pretende-se verificar se esse diálogo revela consonância ou dissonância nos posicionamentos do STF e da CIDH sobre o estado de inocência, no que diz respeito à antecipação da pena.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NOVO CONSTITUCIONALISMO

O fim da Segunda Guerra Mundial ensejou a definição de direitos inerentes ao homem em escala global, dando início à consolidação do direito internacional e da noção de direitos humanos, os quais ganharam ainda mais força com globalização, o que fez com que o Estado Nacional em seu modelo típico da modernidade perdesse protagonismo.

Nesse cenário de nada adiantaria tratar da implementação dos Direitos Humanos a partir de uma estratégia meramente constitucional, ainda que seja inevitável a correspondência entre eles e a democracia, sendo necessário criar um pensamento universal democrático a partir da lógica humanitária, uma vez que os espaços para seu exercício se multiplicaram, ultrapassando os limites geográficos do Estado Nação. (BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 125-133)

Como consequência, não cabe mais falar em constitucionalismo estatal fechado, “autista”: nas sociedades contemporâneas, as constituições devem, respeitada a soberania, estar abertas a aprendizado e influências mútuos, no chamado “transconstitucionalismo” (SARMENTO, 2016, p. 110).

Entende-se que, embora as normas internas e as constantes em tratados tenham bases diversas, elas se integram reciprocamente compondo o chamado “bloco de constitucionalidade” definido como “conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento.

Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade.” (SARMENTO, 2016, p. 112)

É evidente que todas as normas positivadas no texto constitucional integram o bloco de constitucionalidade. Contudo, além delas, devem ser incluídos os princípios implícitos, que podem ser conhecidos por meio da atividade interpretativa, assim como outros que tenham conteúdo constitucional, como estabelece expressamente a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 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.” Portanto, devem ser entendidas como normas constitucionais todas aquelas que, expressas ou não no texto da Constituição, tenham conteúdo materialmente constitucional.

Nesta medida, é inconteste o valor constitucional dos Direitos Humanos previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, dentre os quais se destacam as garantias do devido processo, que compõem o bloco de constitucionalidade.

3 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE E MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Há muito se discute uma concepção de processo que o torne eficiente na orientação da atividade jurisdicional e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Flaviane de Magalhães Barros, revisitando a teoria do processo, adverte que “é possível, a partir da noção do processo como garantia, defender a proposta de uma teoria geral do processo, compreendida por meio da definição de um modelo constitucional de processo, isto é, da possibilidade de se definir uma base principiológica uníssona para a compreensão do processo, seja ele jurisdicional, administrativo, arbitral, ou, em outras palavras, para o processo constitucional.” (BARROS, 2009, p. 10).

A ampla e concatenada principiológica processual encampada no texto da Constituição brasileira (BRETAS, 2012, p. 92) permite entender o processo como instituição garantidora de

princípios como o contraditório, a ampla argumentação, a fundamentação da decisão, o terceiro imparcial...interpretados sem desconsiderar a presunção de inocência e as liberdades individuais (BARROS, 2008).

Na perspectiva do bloco de constitucionalidade essa base principiológica está tanto na Constituição Federal quanto nas demais normas materialmente constitucionais, como os tratados internacionais de Direitos Humanos. Dentre esses princípios que sustentam o processo penal se encontra o estado de inocência, sobre o qual Aury Lopes Jr. Adverte: “o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos os a ele submetidos o são, pois só perdem esse *status* após a sentença condenatória transitar em julgado)” (LOPES JR., 2013, p. 64). Desta feita, é evidente a relevância do estado de inocência para o processo constitucional, ainda mais quando se trata de processo penal apto a, no final, impor as mais severas sanções previstas no ordenamento jurídico.

3.1 Estado (presunção) de inocência

O principal marco histórico do estado de inocência remonta à Europa continental, no final do século XVIII, em decorrência da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. A Declaração prevê em seu artigo 9º que todo homem deve ser considerado inocente até que seja reconhecido como culpado e se julgue indispensável sua prisão. (RANGEL, 2015, p. 23-24).

No ordenamento jurídico brasileiro, tem previsão expressa no artigo 5º, LVII, da Constituição e no artigo 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica, que dispõem, respectivamente:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove

legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas [...]

Quanto ao seu conteúdo, entende-se que o ser humano nasce e deve permanecer inocente até que o Estado lhe afaste esse estado, por meio do devido processo constitucional, assim, “estado de inocência, na perspectiva de essência do ser, com características indúvidas, diferentemente da presunção, a qual não passa de uma hipótese, permanecendo até a sentença final tanto na dimensão de culpado quanto de inocente.”. (GIACOMOLLI, 2016, p. 114)

Pode-se dizer, então, que o princípio estabelece uma regra de tratamento a ser dispensado ao acusado durante o processo: o acusado não pode ser equiparado ao culpado – e em decorrência disso, vedam-se prisões processuais automáticas e arbitrárias (BADARÓ, 2015, p. 58), devendo o estado natural de inocência prevalecer até que seja legitimamente afastado com o trânsito em julgado da condenação. O estado de inocência pode também se concretizar por outros meios relativos, por exemplo, ao encargo probatório e ao uso de algemas, mas aqui delimita-se a análise da relação da garantia com a prisão.

4 EXECUÇÃO ANTECIPADA E CAUTELARIDADE

Isso posto, para entender a dimensão do conflito que se pretende apreciar, é indispensável esclarecer do que se trata a execução antecipada da pena, ressaltando suas diferenças com relação a prisão cautelar. Ambas devem ser entendidas sob os preceitos do bloco de constitucionalidade e processo constitucional, o que impõe que toda prisão de natureza penal, salvo em situações excepcionais como o flagrante delito, deve decorrer de decisão fundamentada da autoridade jurisdicional competente, cabendo a ela, pois, a determinação da prisão como sanção penal ou como cautelar, nas linhas do ordenamento jurídico brasileiro².

² A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º que: LIV - ninguém

Prisão cautelar nada mais é senão a mais severa das medidas destinadas à tutela do processo (LOPES JR., 2013), sendo válido memorar que a concepção dessas medidas no processo civil e no processo penal não se confundem: enquanto naquele pode ser verificada pela lesão grave ou de difícil reparação, nesta é vista como verdadeira excepcionalidade, sendo indispensáveis previsão legal e autorização judicial nos limites e hipóteses previstos, já que pode determinar privação no direito de liberdade (BARROS, 2008, p. 21).

Embora o presente trabalho não pretenda se aprofundar no assunto, válido destacar que a cautelaridade no processo penal não pode ser tratada nos moldes do processo civil, pautando-se pelo *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Em todo caso, sabido que a prisão cautelar nada tem a ver com sanção ou antecipação da pena, já que esta se executa apenas quando se torna definitiva: somente pode ser determinada a prisão como pena quando a condenação não mais puder ser alterada ou revertida, o que ocorre quando ela se acoberta pela coisa julgada.

Assim, cabe prisão como sanção tão somente após o trânsito em julgado da condenação, quando se afasta o estado de inocência pela consolidação da formação da culpa. Logo, *contrario sensu*, só se pode falar em prisão antes da condenação como medida cautelar! Nesse sentido, seria plenamente impossível a execução provisória ou antecipada da pena privativa de liberdade no Brasil.³

será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. O Código de Processo Penal (CPP), por meio de reformas, reafirma essas garantias na nova redação dos artigos 283 (“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” E 387, 1º (“O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.”).

³ Complementando e aclarando: “A Lei n. 11.719/2008, que entrou em vigor em

Registre-se que nada impede que na ocasião de prolação ou confirmação em segundo grau da condenação seja determinada a prisão, desde que seja feito excepcionalmente, em decisão jurisdicional fundamentada que indique a necessidade da prisão cautelar. Ocorre que, nesse caso, haveria determinação de medida processual que, conforme exposto, prescinde da condenação, haja vista seu objetivo de resguardar o próprio processo – alheio ao juízo de formação de culpa.

Nesse esteio, a determinação de prisão como medida cautelar antes do trânsito em julgado se vê largamente distante da execução antecipada da pena, uma vez que esta teria como objetivo precipitar a imposição da sanção, o que não se admite.⁴ Isto posto, insta verificar qual é a concepção de execução

9/8/2008, trouxe nova redação ao art. 387, parágrafo único, sobre a prisão imposta na sentença penal condenatória recorível, expurgando, de uma vez por todas, a discussão sobre sua natureza jurídica que sempre sustentamos ser de uma execução provisória da pena. Agora, a Lei n. 12.403/2011 sepultou definitivamente a discussão acerca da natureza da prisão em decorrência da sentença penal condenatória recorível, pois foi revogado o art. 393 do CPP. Prisão, na sentença, somente preventiva. [...] Nesse sentido, prisão na sentença penal condenatória da qual ainda caiba recurso somente será imposta preventivamente, se estiverem presentes os motivos que a autorizam. Desaparece a chama execução provisória da pena. [...] a natureza da prisão imposta na sentença é cautelar e não mais, como sempre sustentamos, execução provisória da pena. Desaparece a execução provisória da pena do ordenamento jurídico. Os tribunais terão que rever seus posicionamentos.” (RANGEL, 2015, p. 835-837).

⁴ Apesar do ora exposto, não se pode negligenciar que a “execução provisória” se tornou praxe, inclusive com normas disciplinando a expedição das devidas guias. Trata-se de entendimento favorável ao acusado, uma vez que, sem afastar o caráter de medida cautelar da prisão, considera-se iniciada a execução da pena para fins de aplicação dos institutos despenalizadores previstos no ordenamento jurídico, tais como contagem de prazo para progressão de regime ou para obtenção do livramento condicional, nos casos em que ocorre o trânsito em julgado para a acusação. Tecnicamente, não se trata de execução provisória, mas tão somente da aplicação dos institutos previstos na LEP aos presos provisórios. (BADARÓ, 2015, p. 58). Em sendo essa a compreensão dada à execução antecipada, no sentido de provisoriedade apenas para que possam incidir os benefícios da execução cabíveis para aqueles que se encontram presos provisoriamente evidentemente – desde que presentes os requisitos e pressupostos relativos à cautelaridade, não há ofensa ao estado de inocência.

antecipada adotada no julgado em análise, como ela se relaciona com a presunção de inocência (âmbito interno), bem como esta é compreendida nas cortes supranacionais.

5 DIÁLOGO ENTRE CORTES: INTERPRETAÇÃO DADA AO ESTADO DE INOCÊNCIA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pontuados os principais aspectos teóricos da discussão, ressalta-se a importância do diálogo entre normatividades, Cortes e fontes de conhecimento diferentes para que seja alcançada a melhor visão dos institutos. E mais: no contexto da globalização, essa ponte seguramente precisa ultrapassar as fronteiras territoriais, não apenas para ampliar o âmbito cognitivo, mas sobretudo para poder criar mecanismos mais consistentes de efetivação dos Direitos Humanos.⁵ É o que se pretende por em marcha com o confronto da interpretação dada à garantia do estado de inocência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Supremo Tribunal Federal, que se faz a seguir.

5.1 O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em pesquisa de casos julgados pela Corte, verifica-se que há diversas condenações cujas razões determinantes orbitam a violação do estado de inocência, nas suas distintas manifestações⁶.

⁵ Para tanto, deve-se ter presente que “pensar um novo modelo de jurisdição e de processo, abertos à cooperação e ao diálogo, exige espíritos livres que estejam preparados para eventuais derivas que venham a seguir. Talvez essa, ao primeiro olhar, seja uma perspectiva inquietante, mas não menos interessante, para todos aqueles que se dediquem a pensar profundas mudanças no sistema da prestação da jurisdição, considerando a necessidade de construção de novas fórmulas metodológicas para a elaboração de respostas estatais aos conflitos que constituem as relações sociais, ante aos interesses tensionados inerentes a uma sociedade democrática. Considere-se, em especial, que a jurisdição, como expressão especializada do poder estatal, deve guardar compatibilidade com a principiologia político-constitucional que veicula formal e substancialmente a metodologia de tomada de decisões.” (BOLZAN DE MORAIS e outros, 2009, p. 115).

⁶ O caso Cantonal Benavides vs. Peru, de 2000, por exemplo, trabalha a garantia na perspectiva da impossibilidade de condenação com provas insuficientes.

Dentre eles, destacou-se o caso Ricardo Canese vs. Paraguai para demonstrar a interpretação dada pela Corte à prisão cautelar que caracterize antecipação da pena e, assim, viole o estado de inocência.

5.1.1 Caso Ricardo Canese vs. Paraguai

No caso Ricardo Canese contra Paraguai, a Comissão submeteu à Corte demanda contra o Estado do Paraguai em 12/06/2002, em razão de denúncia recebida na sua Secretaria em 02/07/1998, objetivando que a Corte se pronunciasse sobre a violação, do artigo 8, dentre outros dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Teriam sido violados os direitos de Ricardo Nicolás Canese Krivoshein, que, quando se candidatou à presidência do Paraguai teve sua idoneidade questionada por outro candidato, Carlos Wasmosy. Isso porque Ricardo declarou que Wasmosy teria praticado atos em seu interesse pessoal e em interesse de terceiros quando era diretor do Consórcio de Empresas Paraguias (CONEMPA), responsável pelo desenvolvimento do complexo hidrelétrico binacional de Itaipu, o que levou em 1992, Wasmosy e outros diretores da empresa a ajuizar ação penal contra Ricardo em razão da prática de crime contra a honra. Ricardo foi condenado por difamação a uma pena de dois anos de prisão e multa. Com a condenação em primeira instância, em 1994, foi determinada medida cautelar: Ricardo teve sua liberdade restringida, sendo-lhe necessário solicitar autorização judicial para sair do país. Como recebia inúmeros convites para

Ainda no contexto probatório, no caso Herrera Ulhoa vs. Costa Rica, de 2004, a Corte reconheceu violação à presunção de inocência em razão de inversão no ônus probatório: o acusado foi condenado porque não demonstrou sua inocência, enquanto que no caso J. vs. Peru, de 2013, a violação se relacionava com o “in dubio pro reo”. Num outro enfoque, no caso López Mendonza vs. Venezuela, de 2011, a Corte asseverou que as garantias do devido processo devem ser observadas sempre que exercida função materialmente jurisdicional, de modo que no processo administrativo sancionador também deve ser respeitada a presunção de violência. Por fim, se aproximando da temática do presente trabalho, no julgamento do caso Bulacio vs. Argentina (2003), a Corte deliberou que há violação da presunção de inocência quando são determinadas medidas cautelares sem que haja necessidade.

eventos em outros países, formulou diversos pedidos, na maioria negados – mesmo sem condenação definitiva. Essa situação perdurou até 2002, quando a condenação foi anulada pela Suprema Corte do Paraguai, com a absolvição de Ricardo.

No que tange ao artigo 8, a Comissão alegou, em linhas gerais, que o processo durou quase 10 anos e, como consequência do julgamento em primeira instância, foi submetido a restrição do direito de circulação (liberdade de ir e vir), como medida preventiva, em tese, adotada para permitir o cumprimento de sanção definitiva que viesse a ser imposta. Segundo a Comissão, essa medida se mostrou desnecessária e desproporcional por diversas razões, especialmente porque não havia risco de fuga. Embora a pena a que o réu poderia sofrer fosse apenas de 2 meses de prisão e multa, a medida cautelar se prolongou por 8 anos, convertendo-se assim em sanção penal antecipada e excessiva, violadora da presunção de inocência. No mesmo sentido as alegações da vítima da violação. Por seu turno, o Estado do Paraguai alegou, em sua, que foram conferidas ao acusado todas as garantias do devido processo para sua defesa. Em sentença de 31/08/2004, a Corte reconheceu violação ao artigo 8.2 da Convenção, que impõe que o respeito à presunção de inocência até que uma sentença que determine a responsabilidade “quede firme”, isto é, transite em julgado, já que, na prática, a restrição imposta significou antecipação da pena.

Outros tantos casos confirmam esta abalizada posição da Corte no sentido de que a presunção de inocência somente pode ser afastada quando há condenação definitiva e que, até que isso ocorra, a prisão que não atenda à sistemática da cautelaridade (seja pelos fundamentos, duração desproporcional etc.) é antecipação de pena e, portanto, viola o estado de inocência.

5.2 A posição do STF

No âmbito interno, a princípio, o CPP previa a prisão como efeito automático da sentença condenatória recorrível, nos termos dos artigos 393⁷, 594⁸ e 669⁹ – além dos casos relativos ao

⁷ Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível: I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II - ser o nome do réu lançado no rol dos

procedimento do júri, que não serão abordados, visto que seguem o mesmo rumo. O STF entendia que tais dispositivos tinham sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, o que inclusive levou à edição das Súmulas 716 e 717 em 2003:

Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Contudo, a posição favorável à execução antecipada precisou ser revista, especialmente porque o artigo 669 foi revogado pela Lei 7.210/84 e a Lei 11.719/2008 alterou o procedimento comum ordinário trazendo nova redação ao artigo 283 e afastando os artigos 393 e 594.

Assim, em 2009, no julgamento do HC 84.078/MG, o Pleno reconheceu a incompatibilidade da execução antecipada com a presunção de inocência¹⁰.

culpados.

⁸ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

⁹ Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança; II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos.

¹⁰ EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637

do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contempção, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquentes". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STF] e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de

Esse entendimento prevaleceu até 17/02/2016, quando o STF em apertada votação (6 votos a 5) voltou a entender ser possível a execução antes do trânsito em julgado da condenação. O debate se deu no julgamento do HC 126.292/SP.

Trata-se de paciente que foi condenado em primeiro grau a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado pela prática de roubo majorado (157, §2º, I e II, CP), sem que tivesse sido determinada sua prisão. Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso e determinou expedição do mandado de prisão. Foi, então, impetrado o HC 126.292/SP no qual a defesa alegou constrangimento ilegal na determinação da segregação imediata do paciente sem motivação para decretação da preventiva, já que a prisão prescindia de trânsito em julgado.

A síntese da decisão do Pleno do STF se deu nos seguintes termos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (destacamos).

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República.

Vale pontuar que o mencionado artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, como dito anteriormente assegura expressamente o direito de ser considerado não culpado “até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O texto não dá margem à interpretação que se afaste da noção de que, até que a condenação seja firme, o acusado é presumidamente inocente, logo, não pode ser sancionado! A decisão gerou controvérsias jurisprudenciais e protagonizou diversos debates no meio acadêmico e na própria sociedade, levantando as grandes crítica às decisão: como sancionar quem é (presumidamente) inocente? Como executar

sanção que não é decisiva? Como prender um inocente senão cautelarmente?

As discussões se acirraram porque, em seguida, foram propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) as ações diretas de constitucionalidade (ADCs) 43 e 44 com o intuito de ver declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP)¹¹, cuja redação impede a execução antecipada da pena, com pedido de concessão de medida cautelar que suspendesse a execução antecipada da pena nas decisões proferidas em segunda instância. Em 01/09/2016, o Ministro Marco Aurélio, relator das ações, concedeu a cautelar mas em 05/10/2016 a questão foi apreciada pelo Pleno, tendo prevalecido o entendimento de que o dispositivo não impede o início da execução da pena após decisão de segundo grau – e consequente esgotamento das vias recursais ordinárias. Assim, embora a decisão do HC não tivesse efeito vinculante, com a posição adotada no âmbito das ADCs, ações típicas de controle direto da constitucionalidade, ela passou a irradiar seus efeitos para os demais casos, o que traz mais temeridade à situação.

5.3. Confronto dos posicionamentos (resultado)

Como se vê, apesar de o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos prever o estado de inocência em redação semanticamente mais ampla do que a Constituição Brasileira, já que fala em “formação legal da culpa”, ao passo que esta usa a expressão “trânsito em julgado”, a interpretação feita pela Corte é inequívoca no sentido de que tal estado somente pode ser

¹¹ Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

§ 1o As medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade.

§ 2o A prisão poderá ser efetuada em qualquer dia e a qualquer hora, respeitadas as restrições relativas à inviolabilidade do domicílio.

afastado pela firmeza da condenação, isto é, com o trânsito em julgado.

Nesta medida, tendo em vista as normas que estabelecem o estado de inocência como garantia, bem como a vinculação do Brasil à jurisdição da Corte, cuja cultura jurídica é de *commom law* (e, portanto, pautada na sistemática de precedentes), a posição adotada pelo STF em 2016 se revela não apenas dissociada da posição da Corte, como também afastado da ordem jurídica vigente.

Ora, como amplamente demonstrado e já preceituado em outros tempos pelo próprio STF, apenas a condenação definitiva pode afastar o estado de inocência, autorizando a execução da sanção penal imposta. Isso porque antes do trânsito em julgado o acusado é presumidamente inocente – e portanto aí sua prisão somente poderá ser determinada cautelarmente. Nesse sentido, totalmente descabido o entendimento do STF, até porque

A necessidade de recolhimento ao cárcere, antes do trânsito em julgado, sempre foi assegurada pela prisão preventiva (processual). A culpa se torna indiscutível após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória e não após a confirmação da condenação pelo segundo grau jurisdicional. Neste, poderá esgotar-se o exame da materialidade, da autoria e das provas acerca da responsabilidade criminal. Contudo, o ordenamento jurídico permite a utilização do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, com reais possibilidades de modificação do julgado (dados da FGV-RJ – Direito, de 2014, revelam que 8,27% dos habeas corpus e recursos em habeas corpus foram deferidos pelo STF, de 2008 a 2012. No STJ este

número chega a 27,86%).
(GIACOMOLLI, 2016, p. 134).

Por fim, é importante mencionar, com relação ao dito necessário equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da jurisdição penal, que reiteradamente vem à tona nesse contexto, que não se pode suprimir garantias do devido processo sob o pretexto da efetividade da jurisdição penal. Em verdade, a jurisdição penal somente será efetiva quando concretizarem as normas (materialmente) constitucionais que preveem direitos e garantias fundamentais caracterizadoras do modelo constitucional de processo! Não se pode esquecer que, assim como a punição dos delinquentes e o controle da criminalidade, é de interesse público a não ocorrência de abusos nas punições e a consequente observância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Neste sentir, Aury Lopes Jr. destaca:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, serem sacrificados) frente à ‘supremacia’ do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público-privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do ‘privado’, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, ‘público’, se preferirem). Na

verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso do poder estatal. (LOPES JR., 2013, p. 63).

Como se vê há dissonância entre o entendimento exposto no HC 126.292 e o defendido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – e pela própria doutrina. Deste modo, cumpre questionar a atual interpretação feita pelo STF sobre a possibilidade de execução antecipada da pena que, à luz da ordem jurídica vigente (bloco de constitucionalidade e processo constitucional), que parece caracterizar inovação legislativa, visto que desprovida de qualquer respaldo legal.

Válido registrar, por derradeiro, que se verifica resistência por parte do STF em reconhecer a importância das interpretações feitas pela Corte e de sua vinculação à essas decisões, ainda que o Brasil não figurasse como parte nos casos, haja vista o caráter eminentemente interpretativo e orientador decorrente da essência do *common law* ali presente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi feita uma reflexão crítica sobre a mudança de entendimento do STF quanto à possibilidade de execução antecipada da pena na oportunidade do julgamento do HC 126.292, a fim de verificar se o novo posicionamento é adequado à ordem jurídica vigente e se guarda harmonia com o tratamento dado à questão pelas cortes internacionais.

Para tanto, inicialmente foi delineado o cenário da discussão verificando-se que nas democracias atuais a ordem constitucional não está formada apenas pelas normas constitucionais expressas, mas também pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Estado seja signatário. Nesta medida, para que sejam legítimas, a legislação infraconstitucional, os atos do executivo e as decisões jurisdicionais devem estar de acordo com a ordem constitucional (no sentido de normas constitucionais expressas) e convencional (sendo essas entendidas como, complementarmente àquelas,

integradoras de um bloco aglutinador de direitos e garantias inafastáveis).

Em seguida, foi feito um trabalho de revisão bibliográfica com o fim de elucidar os principais parâmetros teóricos, para então identificar o tratamento dado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à presunção de inocência. Notou-se que, embora os casos fossem distintos, a fundamentação de diversos julgados entende que, no âmbito da Corte, prevalece a compreensão de que somente se afasta a presunção de inocência com o trânsito em julgado da condenação. Por fim, apreciou-se o (novo) posicionamento do STF com relação à matéria, analisando de maneira crítica os argumentos apresentados pelos Ministros para defender suas posições.

Diante do confronto, pôde-se inferir que a posição que voltou a ser adotada pelo STF, pela execução antecipada da pena, não deve prevalecer, uma vez que contraria norma expressa na Constituição Federal, no Pacto de São José da Costa Rica e na legislação infraconstitucional, além de ser contrária ao tratamento que vem sendo dado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, revelando dissonância no tratamento da questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08 e 11719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROS, Flaviane Magalhães de. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (coord). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 331-345.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Direitos humanos, Estado e globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA

- FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. P. 117-140.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe (coord). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 113-141.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. Realizando a convergência entre o nacional e o internacional: os círculos concêntricos da pluralidade das ordens jurídicas no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. P. 437-467.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SARMENTO, Daniel. O direito constitucional e o direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (coord.). **Diálogos jurisdicionais e direitos humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. P. 93-136.

Alguns aspectos da «justiça civil de menores» como um direito fundamental e seus quadros atuais na União Europeia

KILDARE DE MEDEIROS GOMES HOLANDA¹

MARIA JOSÉ OLIVEIRA CAPELO PINTO DE RESENDE²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)

Universidade de Coimbra (Portugal)

1 INTRODUÇÃO

O quadro das transformações sociais e exigências coletivas no aspecto de melhorias legislativas no âmbito da justiça cível têm colaborado para um estudo capaz de observar dinâmicas jurídicas envolvendo os sujeitos e suas relações com os direitos fundamentais.

Alinhado ao tema da constitucionalização do processo, muitos doutrinadores estão fazendo um percurso investigativo no sentido de aproximar os direitos e garantias fundamentais a um sistema mais democrático e participativo da jurisdição. Os aspectos principiológicos têm colaborado sensivelmente para aproximar ramos jurídicos novos, como é o caso dos direitos materiais que possuem como destinatário os menores.

A «*justiça civil de menores*» desponta exatamente no eixo de convergência envolvendo a constitucionalização do processo, enquanto elemento de democratização do acesso à justiça; e, da intergração horizontal dos tribunais, que para além de suas funções jurídicas também atende como um instrumento balizador

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais na Universidade de Coimbra, Bolsista Capes Processo BEX n.º 1711/15-6

² Doutora em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

da não discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

O núcleo terminológico adotado neste trabalho foi «*direito comunitário*». Apesar da grande discussão acerca da terminologia mais adequada, se *direito comunitário* ou *direito da União*, a utilização do primeiro não se restringe apenas e tão somente para reportar-se a antiga Comunidade Europeia. Afasta-se o debate acerca do convencionalismo terminológico e estabelece-se «*direito comunitário*» para as normas que são produzidas no âmbito da União Europeia.

As contribuições do direito internacional e do direito comunitário são os instrumentos com que alcançarão algumas possibilidades de diálogo para a concretização da *justiça civil de menores*, como um direito fundamental ainda em fase de amadurecimento. Evidentemente que as contribuições estão se consolidando através da jurisprudência e não somente da lei.

Os tribunais como pontos de partida —, instrumentos necessários para desenvolver uma atividade com objetivo determinado constitucionalmente. A experiência jurisdicional aponta para uma abertura e participação nas demandas que envolvem os menores, que surge da relação de insuficiência da *representação processual*.

Afinal, que significado deve ser atribuído a «audição da criança» pelo tribunal? Quem define o alcance do «superior interesse dos menores»? Questionamentos necessários para atingir um estágio inicial de reflexão quando demandas judiciais envolvem diretamente o *direito de menores*.

Um salto necessário do olhar punitivo para o da garantia dos direitos fundamentais cíveis formará uma inicialização básica — dentro e fora da União Europeia —, e exigirá uma observação mais direta em direção aos tratados, convenções, regulamentos e outros quadros legais nos ordenamentos jurídicos que trabalham direta e autonomamente com o *direito dos menores*.

Com a possibilidade da construção de uma «*justiça civil de menores*» estes já não encontrar-se-ão submetidos aos parâmetros da «infantilização da justiça» ou da «adultização dos menores». Estabelecido a vigência de um espaço de acesso à justiça os seus direitos fundamentais constituirão a pedra angular de uma realidade sem discriminação.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E A INTEGRAÇÃO HORIZONTAL NA UE COMO GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Os aspectos da cooperação judiciária em matéria civil³ estão assinalados no Tratado sobre o funcionamento da União Europeia [TFUE]. Neste contexto é possível observar um processo em curso para uma espécie de constitucionalização da União Europeia [UE] a partir destes estímulos de preservação do acesso à justiça como «direito fundamental comunitário».

Há o início de uma integração dos tribunais europeus — no que tange as matérias de natureza cível —, sem contudo desconsiderar a força interna jurisdicional nos países que compõem a comunidade europeia.

Verifica-se, antes de qualquer outra análise pormenorizada, a necessidade de adoção de uma cooperação transfronteiriça — mas mais do que qualquer ideia de colaboração é possível visualizar um percurso de constitucionalização do processo⁴ em matéria civil na UE.

³ Destaca-se neste mister o diploma legal TFUE, art. 81.º, nºs 1 e 2, que estabelece o sistema de *cooperação judiciária* na UE e define os parâmetros do seu alcance normativo no direito comunitário. Cf. QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 189, quando defende que a partir do Tratado de Lisboa tem-se uma elevação do grau de valorização dos direitos fundamentais no âmbito da UE.

⁴ “O Tribunal de Justiça tem desempenhado, no exercício das competências que lhe foram cometidas, um papel de transcendente importância [...]: não se limitou, com efeito, a interpretar de forma rotineira e a aplicar mecanicamente, quando tal solicitado, as disposições do antigo Direito Comunitário e do atual Direito da União Europeia; antes, através de uma jurisprudência ousada – que poderíamos, no melhor sentido da expressão, chamar de «progressista» –, que conseguiu definir e impor um conjunto de princípios fundamentais no direito da União: os princípios da autonomia e da especialidade, os princípios da aplicabilidade direta, da primazia e da uniformidade de interpretação e tantos outros que, reforçando e completando o sistema jurídico instituído pelos primitivos Tratados de Paris e de Roma, permitiram edificar uma verdadeira ordem jurídica comum aos Estados-Membros da União, agora vertida pelo Tratado de Lisboa no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Como instrumento que tem sido da criação de um certo «federalismo jurídico» europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia

Segue-se que este percurso de produção de normas comunitárias caminha para uma fase de integração da UE, um estreitamento que aproxima cada vez mais os seus Estados-Membros.

De notar com real destaque as transformações pelas quais o direito comunitário passou desde o início da vigência do TFUE, principalmente no que concerne ao perfil jurisdicional colaborativo e integrativo — ou, nas palavras de Habermas⁵, uma *constitucionalização do direito internacional* que vem ocorrendo ao longo dos anos na UE.

Quadros⁶ anota que esta evolução ou mesmo alargamento de valorização e tendência a uma espécie de *constitucionalização* ocorreu a partir da proteção dos *direitos fundamentais como valor da União*. Assinalando uma observação do TFUE como *solução de compromisso*, Machado⁷ destaca este tratado como sendo mitigador

situa-se na vanguarda das Instituições que pelo seu discernimento e ousadia mais têm favorecido o processo de integração europeia. A sua contribuição para o desenvolvimento da *política agrícola comum, da política social e do direito da concorrência*; a valorização que operou do papel das Instituições da União; a forma por que, através da sua definição do regime de partilha de competências entre os Estados-Membros e a União, conseguiu reforçar a *posição desta em face daqueles e do mundo exterior*; o modo por que tem conseguido, sem atritos ou resistências sensíveis, impor aos Estados-Membros o respeito dos princípios da aplicabilidade direta e da *primazia da ordem jurídica* da União Europeia; o bem-sucedido esforço que ao longo dos tempos realizou para *transformar os nacionais Estados-Membros em sujeitos do direito da União e, mais do que isso, em cidadãos da União Europeia*; a persistência esclarecida com que definiu e impôs o *princípio da não discriminação em razão da nacionalidade ou do sexo* e a valorização que assim operou da condição da mulher no quadro jurídico da União — tudo isto, para referir apenas alguns exemplos, traduziu, da parte do Tribunal, um incessante e produtivo trabalho de criação pretoriana de direito, extraordinariamente enriquecedor da ordem jurídica instituída pelos Tratados e sem o qual a União Europeia seria por certo bem diferente daquela que atualmente conhecemos.” (Grifos do original) CAMPOS, João Mota de, PEREIRA, António Pinto, CAMPOS, João Luiz Mota de. *O direito processual da união europeia*. Contencioso comunitário. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2014, p. 29-30.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Ensaio sobre a constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Tereza Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012. p. 61 ss.

⁶ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.

⁷ MACHADO, Jónatas. *Direito da União Europeia*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra

das pretensões constitucionais e que regressa ao método de integração gradual da UE.

Delinea-se, então, com a vigência do TFUE e da «Carta de Direitos Fundamentais» um alicerce de carácter constitucional para estabelecer uma horizontalidade integrativa de acesso à justiça, principalmente no que pertence aos direitos fundamentais dos *menores*.

Esta integração horizontal pertence a um projeto europeu desenvolvido a partir do TFUE. Somente a partir deste marco legal é que pode-se pensar em cooperação judiciária com o pensamento voltado ao desenvolvimento de um «espaço europeu de justiça».

O *direito de menores* inclui-se nesta perspectiva europeia a partir de uma série de conjecturas legais que têm início nos tratados e convenções internacionais —, que para Habermas⁸ está circunscrito naquilo que denominou de «*constitucionalização do direito internacional*».

De fato há necessidade em destacar este raciocínio do pensador alemão, principalmente por considerar que sua linha de raciocínio adota uma sistematização daquilo que a UE resolveu adotar como parametro de organização legal ao integrar sua legislação e o método de interpretação das suas normas comunitárias.

Na construção doutrinária de Moura Ramos⁹ o carácter constitucional se estabelece apenas quanto ao funcionamento das

Editora, 2014, p. 29-30. Neste aspecto, o autor elabora uma relação importante entre a «*Carta de Direitos Fundamentais*» e o TFUE, para quem a primeira se incorpora com a segunda norma para elevar-se dignamente a uma categoria elementar de natureza constitucional — mesmo não se utilizando da nomenclatura «constitucional», tendo em relação a posição da França e Holanda frente ao «Projeto de Tratado Constitucional Europeu», nos referendos realizados naqueles países.

⁸ *Op. cit.*, p. 61.

⁹ MOURA RAMOS, Rui Manoel. *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 13. A linha de raciocínio adotada pelo autor considera dos seguintes pontos: “[...] É assim que no DC poderemos distinguir um perfil institucional, de natureza pública, *mesmo constitucional*, pois que preside à estruturação das entidades comunitárias, aspecto este que se encontra de todo ausente do DIP; mas, em simultâneo, ele também conhece sem sombra de dúvida uma dimensão

Comunidades e da UE enquanto direito comunitário e, em pontos de convergência, o direito internacional em muito contribui para influenciar o direito comunitário nas consequentes normas de direito processual em matéria civil.

É importante ressaltar o papel do TJUE no alinhamento das decisões no espaço europeu —, que constantemente aproximou os tratados como uma «carta constitucional»¹⁰ com o intuito nuclear de resolução dos enfrentamentos jurídicos e das questões postas em conflito na UE. Aspectos mínimos para estabelecer um vínculo organizativo jurisdicional e legitimar suas decisões nos territórios estaduais.

Ao afirmar a necessidade de criação de um «espaço de liberdade, segurança e justiça» — assinalando o desenvolvimento de uma «cooperação judiciária em matéria civil e penal» —, quis o legislador comunitário aproximar-se de um *espaço europeu de justiça*. Certamente que esta ideia de desenvolvimento de um «espaço europeu de justiça» carece de uma base constitucional europeia que assegure o respeito pelos *direitos fundamentais* dos jurisdicionados.

Em seu caráter fundamental as decisões do TJUE têm contornado as dificuldades do direito comunitário no aspecto constitucional e dentro do âmbito territorial da UE —, quando na ausência da Lei Fundamental utiliza os princípios constitucionais

material, constituída pela regulamentação das relações que entram no campo de aplicação dos tratados.” (Grifos nossos)

¹⁰ Cf. QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 107-108: “A União Europeia assenta em alguns princípios fundamentais. Por isso, chamamos-lhe princípios constitucionais da União. São princípios estruturantes do conjunto da União e do seu sistema jurídico e por isso se deve entender que integram o património constitucional europeu e fazem parte do núcleo da Constituição material da União. Como já se disse, se é evidente que a União não tem uma Constituição formal, não é menos certo que ela possui uma *Constituição material*. É verdade que o TJ cedo começou a caracterizar os *Tratados institutivos das Comunidades* como “*Carta Constitucional*” ou “*Carta Constitucional de uma Comunidade de Direito*”, como “*Constituição interna da Comunidade*” ou “*Constituição da Comunidade*” e que a doutrina cedo passou a encontrar nos *Tratados* a “*Constituição económica*” das Comunidades quando a integração europeia se limitava às Comunidades e estas perseguiam objetivos meramente económicos.” (Grifos do original e nossos)

implícitos nas normas comunitárias para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesta linha de raciocínio o TJUE avoca à jurisprudência uma observância que caracteriza os *direitos fundamentais*¹¹ como estando presentes em linha direta no seu quadro de normas jurídicas.

Concretamente há que considerar uma forte vitalidade em estabelecer a «constitucionalização do processo» com o viés democrático de acesso à justiça, ainda considerando os instrumentos jurídicos garantidores da participação dos *menores* como direito fundamental.

Ao desenvolver seu raciocínio neste sentido, Canaris¹² apresenta uma fulcral relação entre o direito material privado e o direito adjetivo como instrumento resultante da norma constitucional dos direitos fundamentais —, que nasce desta relação denominada de «imperativos de tutela» dos mencionados direitos. De tal modo o autor é ainda categórico quando afirma: “[...] que os tribunais cíveis também se encontram sujeitos à vinculação dos direitos fundamentais no plano jurídico-material”¹³.

Nesta relação de proximidade que se encontra o direito fundamental de acesso à justiça — e como via de concretização dos direitos —, a «justiça civil de menores» se apresenta como mecanismo jurídico-constitucional que dialoga com uma

¹¹ “[...] para o TJ o âmbito os direitos fundamentais que o Direito da União tem de salvaguardar, forma um sistema global e coerente, e é ditado pelas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e por todos os instrumentos internacionais sobre Direitos do Homem nos quais os Estados-membros sejam partes (inclusivamente, portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos das Nações Unidas de 1966 e demais tratados multilaterais e bilaterais) ou com os quais “cooperem” (não estando este vocábulo esclarecido mas também não sendo isso relevante), destacando-se, entre eles, a CEDH.” *Op. cit.*, p. 175.

¹² “Deve, porém, conceder-se que as normas de direito privado também podem servir de concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas *simultaneamente*: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantias de proteção dos direitos fundamentais de outra.” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012, p. 34.

¹³ *Op. cit.*, p. 41.

sociedade em dinâmica transformação e apresenta uma linha de integração horizontal como gratantia de acesso. Ao mesmo tempo em que democratiza a participação dos *menores* na jurisdição, elabora um espaço adequado que produz efeitos transformadores na coletividade.

A proposta de modelo que atende a ideia da «justiça civil de menores» parte da premissa constitucional de acesso à justiça —, contudo não se limita unicamente a este ponto, tendo em vista a necessidade de aprofundar os mecanismos processuais capazes de instrumentalizar esta funcionalidade integrativa destes menores¹⁴.

¹⁴ Genericamente debate-se acerca da necessidade de adequação dos espaços físicos nos tribunais destinados ao *atendimento de menores*. Consideram os defensores deste raciocínio que a solução estaria concretizada com esta adequação física para receber aqueles que procuram os tribunais. Cf. BRANCO, Patrícia. *Os tribunais como espaços de reconhecimento, funcionalidade e de acesso à justiça*. Porto: Vida Econômica, 2015, p. 68: “Os tribunais são espaços das pessoas, sendo os espaços onde as pessoas buscam a resolução dos seus conflitos. Pelo que são, assim, espaços de conflitualidade e, consequentemente, espaços de vulnerabilidades, na medida em que encontramos diferentes tipos de pessoas e de partes envolvidas, entre litigantes, vítimas, testemunhas, vindos de diferentes estratos socioeconômicos e com diferentes níveis de instrução, bem como de diferentes idades. Existe assim, da parte dos utilizadores, uma expectativa em relação aos tribunais enquanto espaço de auxílio, ao invés de espaços punitivos. Se pensarmos, por exemplo, nos Tribunais de Família e Menores, isso é bem visível, já que as pessoas envolvidas (crianças em risco ou envolvidas em processos de responsabilidades parentais, jovens delinquentes, famílias em conflito) estão, na maioria das vezes, a sofrer conflitos psicológicos muito dolorosos (Vasconcelos, 2010), encontrando-se numa situação de vulnerabilidade, pelo que entrar num tribunal pode ser stressante, os utilizadores podem sentir-se confusos e não perceber os sinais, as instruções ou avisos. De facto, existem emoções fortes em jogo, que são disciplinadas pelo *design* físico do espaço, pelas regras processuais, pela racionalidade do direito e pela expressão de seriedade dos profissionais envolvidos (Dahlberg, 2009: 183)”. Em outra perspectiva doutrinária é possível alcançar parâmetros de tribunais de atendimento aos menores, Cf. BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. O poder judiciário. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 517 —, que define um modelo de magistratura em que: “Para o exercício do cargo de Juiz de Direito da Infância e da Juventude, não basta o conhecimento do Direito que têm que possuir todos os magistrados, sendo

3 «JUSTIÇA CIVIL DE MENORES» COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O debate na atualidade acerca do «direito de menores» ocorre na mesma proporção que ele se mostra autônomo frente as suas peculiaridades jurídicas e o direito de família. No que compete ao tema, o direito internacional inaugurou a exponencial autonomia desse ramo do direito, ao passo que também definiu uma agenda e diálogo internacional inserindo-o no quadro analítico da jurisdição civil¹⁵.

A exemplo do direito internacional, o direito comunitário tomou por empréstimo os exemplos bem sucedidos na tentativa de assegurar os avanços já alcançados — quer seja no caráter jurisprudencial, quer nos ordenamentos dos Estados-Membros. E será no direito comunitário que localizar-se-á o esforço substancial em apresentar os avanços significativos do direito processual que preserva o «princípio do superior interesse dos menores».

Essa autonomia do direito de menores frente o direito de família — que ora é investigada e analisada academicamente —,

necessário que o profissional se muna de um *plus*. Este *plus* è a sensibilidade que deverá ter para lidar com as graves situações comportamentais e de crises familiares e para tratar com as crianças e os adolescentes, sempre pautando sua atuação e suas decisões em benefícios destes. [...] Deverá ele, em muitas situações, abandonar a imponência e a severidade que o cargo impõe e voltar a ser criança, a ser adolescente, para poder entender os anseios, as necessidades e as angústias pelas quais passam”. Estas propostas de Branco e Bordallo são bastante restritivas e não contemplam a amplitude da «*justiça civil de menores*» —, que se torna mais ampla do que a arquitetura dos tribunais e uma «postura intelectual infantilizada» para dialogar com os menores quando estes são partes em processo judicial. Mas não se pode deixar de alcançar a importância destes debates quando se encontra em evidência o direito de menores, ainda considerando a necessidade de aprofundamento da temática da capacidade judiciária e da competência jurisdicional desse modelo de *justiça civil* —, que é bem mais ampla do que a linguagem e arquitetura dos tribunais em presença desses menores.

¹⁵ O presente momento é bastante significativo para o debate acerca da «*justiça civil de menores*». Até então todos os esforços voltavam-se para a justiça penal e as medidas sócioeducativas. Tornou-se importante visualizar o perfil de uma investigação não mais voltada para o «jovem em conflito com a lei» —, contudo estabelecer uma linha de investigação capaz de desenvolver um parametro jurídico de garantia dos direitos fundamentais, em special, o acesso à justiça e seus instrumentos democráticos de participação efetiva.

parte de um ponto inicial de diálogo: a interdisciplinaridade jurídica. Ao trabalhar com a temática da «autonomização do direito das crianças», Sottomayor¹⁶ apresenta essa interdisciplinaridade jurídica quando demonstra a interrelação e o percurso que atravessa as fronteiras das categorias acadêmicas e outros ramos do direito, a saber: direito constitucional e os direitos humanos, penal, processual penal, civil e processual civil, dentre vários outros.

No campo da relação autônoma não há que apresentar o «direito de menores» com uma amplitude maior do que outros ramos do direito. Apenas verifica-se que no campo político-jurídico existe uma característica muito ignorada num passado muito recente: um ramo do direito que possibilite dar visibilidade a criança como indivíduo, não somente como membro da família.

Isso não desfaz a vinculação com a parceria jurídico-familiar, contudo não afasta sua autonomia do campo analítico-prático. Aliás, verifica-se que a autonomia não invalida o diálogo com outros ramos jurídicos, mas colocá-lo na dependência do direito de família é diminuir as possibilidades de um avanço na concretização de direitos. Quando impera os efeitos da invisibilidade no direito de menores resta a impressão de que como sujeitos de direito esses menores não possuidores de uma identidade jurídica capaz de manterem-se autônomos como tal.

Assim, o campo da autonomia do direito de menores acaba por abrir um capítulo próprio dentro do ordenamento jurídico comunitário — quer pela sua dinâmica comunitária, quer pelo quadro contemporâneo que viabiliza um amadurecimento do legislador, quando reconhece que os menores não podem viver integralmente à sombra dos direitos convencionais.

Para alcançar o «princípio do superior interesse dos menores» é preciso compreender que eles deixaram de ser «objeto de proteção assistencial» para uma titularidade de direitos subjetivos¹⁷.

¹⁶ SOTTOMAYOR, Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 43-44.

¹⁷ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014,

Na dicção de Sottomayor¹⁸ há um elemento finalístico para materializar o interesse dos menores — numa regulação entre esses menores, a família, a sociedade e o Estado — no afã de constituir critérios de decisão relativamente a todos os litígios judiciais em que estejam envolvidos.

Na concepção conceitual do «princípio do superior interesse dos menores»¹⁹ existe uma indeterminação prática na execução da lógica e referência de aplicabilidade imediata. Para tanto torna-se necessário um aprofundamento em legislações esparsas e/ ou direito internacional para alcançar a materialização dos seus direitos — o que gera uma grande complexificação na aplicação prática, pois alguns justificam dificuldades em localizar o eixo jurídico-processual-normativo legal de aplicação específica e outras distâncias oriundas de um modelo adulto de ignorar sentimentos e vontades dos menores.

A construção desse espaço que resguarda a autonomia do «direito de menores» na UE está paulatinamente sendo concretizado. Nessa direção caminha a jurisprudência, os regulamentos e a aplicação de uma lógica que preserve os menores em seus vários aspectos: sentimentais, da vontade, biológico, psicológico, educacional, no campo do crime, familiar e civilmente

p. 51.

¹⁸ SOTOMAYOR, Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 49.

¹⁹ O *princípio do interesse superior da criança* e o *princípio do respeito pelas opiniões da criança*. Dois princípios que se firmam como base para a construção de um processo civil aplicado ao direito do menor. Deve-se estudar o efeito vinculante da opinião do menor, sua influência e valorização jurídica pelo magistrado — bem como sua aplicação na sentença. No aspecto processual pode-se estabelecer uma vinculação analítica acerca dessa relação do *interesse superior da criança* e as possíveis consequências diretas nas ações de paternidade (presumida ou não). O campo dessas relações jurídicas e o desfecho da sentença podem alterar as relações de filiação. Em sua obra «Interesse processual e legitimidade singular nas ações de filiação», Capelo (1996) questiona o efeito da sentença da ação de investigação — se se trata de uma pretensão meramente declarativa ou constitutiva? Esses elementos em questão também traveste-se de real importância quando se dialoga entre os direitos substantivos e processuais, desse modo implica necessárias abordagens e questionamentos jurídicos a fim de contribuir doutrinariamente com os avanços legislativos e, consequentemente, jurisdicionais.

identificado como sujeito de direito.

Qual a peculiaridade mais acentuada do «princípio da supremacia do interesse dos menores»? Há razões jurídicas para manutenção dessa garantia? Frente os desafios de fases tão necessárias para o desenvolvimento de crianças e adolescentes tornam-se imperiosas todas as causas que promovam garantias jurídicas substanciais e processualmente céleres.

Os Estados-Membros da UE sabem da importância de jovens na renovação cíclica de suas gerações humanas. A «supremacia do interesse dos menores» não se localiza na extensão de sua vontade pessoal, mas de outro modo na consecução do desenvolvimento «bio-psico-social». As conquistas legislativas em defesa e garantia de preservação saudável dos menores passa por um sistema jurídico-processual que se empenhe nas conseqüências imediatas — sem o que não haverá realização de futuro com uma geração que se degrada e é degradada.

Antes a visibilidade que os menores conseguiam partia de atividades envolvendo o direito penal e processo penal. Outras vertentes jurídicas aceleram suas atividades no campo protetivo desses jovens, a exemplo do direito civil e processual civil, consumerista, previdenciário, educacional, autoral e novos ramos de direito que assegurem o desenvolvimento das fases etárias desses jovens até sua emancipação.

3.1 A autonomia processual de menores

O *processo civil* que durante muito tempo se ocupou apenas e tão somente das matérias patrimoniais e relativas ao cotidiano dos adultos, agora se volta a observar zelosamente outros aspectos jurídicos da vida em sociedade.

As limitações estão sendo vencidas pela experiência da necessária aplicação jurídica especializada. Em garantir a materialização de direitos substantivos como forma de promoção da «pacificação processual» no direito comunitário.

Uma legislação comunitária que teve início com normas de caráter substantivo — acompanhando uma lógica do direito internacional, passou a também atuar em seu caráter processual.

Nos «Regulamentos Internos e de Processos»²⁰ a UE busca com essa produção legal uma melhor condição para que haja uma unidade integradora capaz de, através dos instrumentos jurídico-processuais adequados atuar equilibradamente na comunidade de direito, com uma interpretação e aplicação uniformes.

Afirmativamente, como corolário da potencialização dessa autonomia processual dos menores na UE, encontram-se as normas comunitárias. O que reforça a ideia de que o direito comunitário caminha para reconhecer cada vez mais uma legislação pontual, temático-processual-especializada e necessária a uma abertura ao direito dos menores. Historicamente²¹ existe uma abertura que se consolida por etapas, quando gradualmente provoca uma abertura jurídico-normativa a fim de reconhecer o protagonismo dos menores e aplicar regras jurídicas condizentes aos seus destinatários.

²⁰ De forma ainda muito tímida os *menores* já têm uma participação nos regulamentos. Em se tratando de processo da UE, esse regulamento prevê em seu art. 79.º [*debates à porta fechada*] no intuito de preservar os *menores*, quando o caso assim exigir tal medida de segurança. Nesse aspecto há uma proibição em divulgar publicamente o conteúdo dos debates oferecidos na audiência.

²¹ Estes exemplos podem tornar mais clara a construção no âmbito da UE acerca da evolução histórica do *direito dos menores* sendo viabilizado no *direito comunitário*: (i) Convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968, que trata da competência judiciária e da execução de decisões em matéria civil e comercial; (ii) Regulamento n.º 44/2001 do Conselho da UE, datado de 22 de dezembro de 2000, que trata da competência judiciária, ao reconhecimento e execução de decisões em matéria civil e comercial; (iii) Regulamento n.º 1347/2000 do Conselho da União Europeia, datado de 29 de maio de 2000, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de regulação do exercício do poder paternal em relação aos filhos comuns do casal; (iv) Regulamento n.º 2201/2003 do Conselho da União Europeia, datado de 27 de novembro de 2003, que trata da competência, reconhecimento e execução matrimonial e em matéria de responsabilidade parental; (v) Regulamento n.º 4/2009 do Conselho da União Europeia, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e cooperação em matéria de obrigações alimentares; (vi) Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial; (vii) Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

Os princípios «acesso aos tribunais» e o «contraditório» são desenvolvidos sem que os menores tenham oportunidade para exercer diretamente a sua participação pessoal. O modelo processual que limita a participação processual direta dos menores desperta vários questionamentos: pode os menores exercer diretamente o acesso aos tribunais e o contraditório? Integralmente, não. Mas a presente proposta visa abrir espaços para fóruns de diálogo jurídico acerca dessas possibilidades e das formas de atuação desses menores nos tribunais.

Essas peculiaridades jurídicas do direito dos menores durante muito tempo ficaram apenas vinculadas a área do direito penal, silenciando os relevantes aspectos jurídico-processuais civis a que carecem de participação na investigação científica. Com o debate reformista do direito material e processual segue uma larga possibilidade de trazer a lume as discussões jurídicas necessárias às mudanças e seus possíveis efeitos práticos. Em vários momentos é possível visualizar a escassez de atenção dos legisladores, do Estado-juiz e de outras instituições jurídicas, a exemplo do Ministério Público, no que diz respeito ao tema processual proposto no campo da *justiça cível*.

A proposta de um *processo civil* aplicado ao direito de menores vincula também seu viés crítico com relação ao *direito de família* — demarcando um debate na comunidade jurídica internacional para a necessidade de enxergar um outro aspecto do direito substantivo, considerando que a sua aplicabilidade tende a ser considerada do ponto de vista processual. Assim, essas considerações almejam de ponto a ponto levar o entendimento de reforma processual necessária para que haja transformações na prática jurisdicional. Para tanto tem-se a necessidade do debate acerca das reformas processuais e sua tramitação legislativa, sem o que seria inócua a relação almejada para os resultados desejados como forma de pacificação das demandas jurisdicionais. Ligado a essa proposta e, tendo como ponto de partida a proposta italiana de valorização de um espaço jurisdicional com competência especializada²², tem-se em conta a necessidade de observação do

²² “[...] l’esigenza di una riforma che consenta di unificare le competenze oggi distribuite tra Tribunale per i minorenni, giudice ordinario e giudice tutelare così

Alguns aspectos da «justiça civil de menores» como um direito ...

direito processual civil aplicado ao direito de menores numa relação dialógica a considerar seus imperativos normativos — quer sejam comunitários e/ou internacionais —, visando atingir integralmente sua proposta de autonomização.

Eis que a discussão que envolve *direito processual civil e menores* acaba por engendrar numa teia complexa no contemporâneo quadro jurídico. Oriunda de uma tendência que se amplia após certo distanciamento do *direito de família*, o *direito de menores* afigura-se como modelo capaz de ganhar cada vez mais autonomia — tendo em vista que esta mesma sociedade ganhou novos espaços para que a temática se estabelecesse com tamanha dimensão.

Esses sujeitos antes enquadrados juridicamente como limitados na capacidade judiciária passaram de um processo de invisibilidade, de silêncio e de distanciamento em sua participação sócio-jurídica para um estágio onde opiniões, comportamentos e direitos conflúissem com um novo modelo de participação democrática na coletividade. Da invisibilidade para o «protagonismo processual» há um caminho em constante transformação e rupturas, onde a jurisdição lentamente está se obrigando a substituir — a antiga pela nova lógica de interpretação das decisões —, que estabelece um liame processual com esse ramo do direito substantivo.

No arco doutrinário italiano Pomodoro, Giannino e

da evitare inutili duplicazioni di giudizi, rischi di contrasti interpretativi e tempi processuali inaccettabili; una riforma che sappia condurre a una maggiore razionalizzazione delle risorse, creare una forte specializzazione degli operatori in materia di diritto dei minori e della famiglia e migliorare l'efficacia della risposta di giustizia in detta materia. Le linee del cambiamento non possono derogare ad alcuni “principi fondamentali” per la tutela dei diritti dei minori, dettati in ambito nazionale e internazionale, che hanno guidato l'esercizio della giurisdizione nella lunga esperienza dei Tribunali per i minorenni; essi devono informare le scelte organizzative/ordinamentali dell'istituendo Tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari.” DONATI, Donatella. Il tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari: una riforma necessaria per una democrazia evoluta. *La Magistratura*, Roma, Anno: LXIII, n. 3-4, p. 95, Luglio-Dicembre, 2014. Disponível em : <<http://bit.ly/2ionxHY>> Acesso em: <10 janeiro 2017>.

Avallone²³ apresentam o escopo histórico das transformações político-sociais que respaldaram o surgimento das reais condições jurídicas que condicionaram a criação de uma organização judiciária especializada para instituir o *tribunal de menores* com competência territorial nas áreas penal, civil e administrativa. Com sinalização argumentativa da importância de tais fatores sociais, esta doutrina apresenta as características jurídicas do «*diritto dei minori*» que respaldam a ideia de sua construção e desenvolvimento com a devida autonomia. Além de apontar as ramificações teóricas que impregnam de importância os raciocínios jurídicos que justificam essa autonomia, também incluem «*Il processo penale minorile*» com o mesmo vigor que a temática é tratada em vários ordenamentos internacionais. Deslocar-se no fluxo inverso à investigação da «política penal de menores» para o processo civil aplicado ao direito dos menores é o desafio que se mostra necessário como forma de remeter a devida importância ao tema jurídico e a pauta das reformas urgentes.

3.2 Os limites processuais entre *família* e *menores*

As investigações no *âmbito processual dos menores* ainda é bastante permeado de avanços e recuos. Em considerável fração da literatura jurídica, quer seja comunitária ou internacional, esse ramo jurídico permanece ainda atrelado ao *direito de família* — que trata o *direito de menores* como se não tivesse autonomia suficiente para desenvolver-se com identidade própria e nem força jurídica o suficiente para alavancar tamanho diálogo no espaço da *justiça cível*.

Há uma insistência na política legislativa em fazer permanecer o direito civil dos *menores* inseparável do *direito de família*. É fácil encontrar argumentos de quem defende esta permanência dos dois ramos jurídicos e justificam esta defesa apontando o instituto processual da «representação» como suficiente para que o direito substantivo dos incapazes processuais possa ser exercido em juízo.

Ainda muito pouco explorado — do ponto de vista do

²³ POMODORO, Livia, GIANNINO, Paolo, AVALLONE, Piero. *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*. Torino: UTET, 2010, p. 264 ss.

direito comunitário e obras doutrinárias mais destacadas — segue que não há muita distinção entre «família» e «menores»²⁴.

Ancorado nos postulados de uma tradição que primeiro vem a família (matrimônio) para depois vir os filhos menores é que se constitui toda uma construção jurídica. A base antropológica da família despertaria um estudo bastante interessante para um sentido lógico da investigação, contudo na impossibilidade de atingir esse mister é imperioso observar o caráter jurídico da *família* para alcançar uma resposta razoável nesse contexto de vinculação que engloba direitos substantivos e adjetivos.

Em seu art. 7.º e 9.º, a «Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia» traça algumas poucas linhas que podem iniciar o entendimento acerca do fato constitutivo destes dispositivos legais comunitários.

A verdade é que não tecem monumentais regramentos acerca do direito de família, senão apenas escolta essa garantia de existência no ordenamento jurídico.

O art. 7.º trata do «respeito a vida privada e familiar»; o art. 9.º do «direito de contrair casamento e de constituir família». No art. 24.º-3, relativo ao «Direito das crianças», o efeito jurídico de dependência ao direito de família. É nesse último artigo que existe a ligação com a família e ao mesmo tempo registra-se uma exceção — de não manter contato direto com seus progenitores, se contrário aos seus interesses.

Assenta-se primeiramente em vínculos biológicos, quando a previsão civilista inicia o título que abriga o direito de família tratando exatamente do «casamento». Para seguir-se com o

²⁴ Em Portugal há um aspecto que reforça essa junção dessa complexa definição dual *«família-menores»* no território da competência judiciária. A Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, que trata da Organização do Sistema Judiciário, em seu art. 122.º — referente a competência relativa ao estado civil das pessoas e família, secções de família e menores — uma completa lacuna a estes últimos, apenas fazendo prevalecer questões de ordem ligadas ao *direito de família*. Repete-se na organização judiciária portuguesa a mesma lógica que ao longo do tempo tem se reproduzindo ininterruptamente em vários outros ordenamentos. Em que pese os arts. 123.º e 124.º promoverem uma pulverizada construção legal acerca dos *menores*, há nítido caráter de apenas mantê-los sob o domínio de um poder familiar.

«divórcio» e, somente depois, da vinculação com questões que atendem ao caráter jurídico da «filiação».

O modelo jurídico de família tem mudado constantemente, quer seja na UE ou em outros Estados Internacionais, ocasião em que prevalece o *direito de menores*.

A partir de então verifica-se que não importa as mudanças do estado civil dos genitores, pois a relação de «superior interesse dos menores» permanecerá inalterado. Significa dizer que a autonomia nuclear desse ramo do direito mantém-se mesmo quando por força jurídica os laços matrimoniais dos genitores deixa de existir com a consumação do divórcio.

Os conflitos de interesses quando ocorre entre «*família*» e «*menores*» resolver-se-á pelo ângulo do «princípio do superior interesse do menor», quando a solução jurídica possa advir de um resultado em que o princípio supracitado possa resolver o conflito fazendo prevalecer o benefício ao *menor* envolvido. Questão importante a ser colocada é exatamente esta: «*a justiça cível está preparada para sopesar que decisão estará contemplando o superior interesse do menor*»? Estes limites ainda estão distantes de serem definidos de tal modo que o direito de menores tenha resguardados sua estreita ligação com os *direitos fundamentais* desses sujeitos.

O viés de entrelaçamento jurídico dos menores até obtenção da sua emancipação é bastante complexo. Isso não significa afirmar que existem razões para reunir «*família*» e «*menores*» num só códex — fixando este último sob a sombra do primeiro.

4 ATULIDADES NO DIREITO COMUNITÁRIO E AS POSSIBILIDADES DE APROXIMAÇÃO DA «JUSTIÇA CIVIL DE MENORES»

No campo do debate jurídico-processual os menores vêm ganhando espaço na consecução da defesa e do exercício de seus direitos. A conquista desse espaço visa atingir o fim da regra da (in)capacidade judiciária. Atualmente existem várias propostas em vias de concretização e, destaca-se, uma que estabelece graduação dessa incapacidade — variando de acordo com a maturidade de cada sujeito e sua faixa de idade.

Essa constante busca de atualização e reformas na

legislação, quer interna de cada Estado-Membro ou comunitária, fez com que o direito europeu iniciasse questionamentos acerca do «princípio da incapacidade de exercício de direitos»²⁵. Nesse diapasão jurídico a UE desloca-se do modelo de representação dos menores para uma proposta de substituição, a partir de certa faixa etária, para um perfil de assistência jurídico-processual.

O campo do direito comunitário tem evoluído consideravelmente e adotado um perfil mais participativo. Essa concepção transformadora tem sofrido influência também do direito internacional e seu modelo protetivo, inclusive na auto-determinação que vem alcançando ao longo das duas últimas décadas. As ferramentas educacionais e tecnológicas vêm transformando o campo consciencial desses sujeitos que não atingiram ainda a idade legal para atuarem com capacidade processual plena, mas que já atingiu um grau qualquer de maturidade.

A visão jurídica da UE também está sendo afetada a partir de uma drástica mudança de comportamento dos tribunais acerca dessa realidade contemporânea dos menores. São atores da atualidade que em boa parte das demandas judiciais possuem uma certa lucidez naquilo que o direitos lhe garante.

A partir desse novo cenário a visão tradicional do *processo civil* envolvendo *menores* no âmbito da UE vem se modificando com grandes perspectivas de êxito. Os avanços têm ocorrido com maiores frequências no direito substantivo. É desse *direito material* que as mutações ocorrem com substancial destaque. Pela força de tratados e convenções estas mudanças atingem o instrumento processual que visa garantir a concretização desses direitos.

Contudo, no rol dessas conquistas do «direito de menores» há que se esclarecer que as modificações — tanto na legislação comunitária, quanto nas normas processuais²⁶ ainda

²⁵ SOTTOMAYOR, Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 58.

²⁶ “Relativamente às formas de suprimento das incapacidades, a doutrina defende um sistema ternário que divide a menoridade em três fases: 1) A infância, desde o nascimento até os sete anos, em que vigoraria o regime da representação legal; 2) a pré-adolescência, dos sete aos catorze anos, em que o instituto seria o da representação legal mas mitigada pelo poder-dever dos pais de promoverem a

carecem de várias outras mudanças de paradigmas, não provocando saltos desproporcionais que desequilibrem o sistema jurídico-social-comunitário.

Autonomizar o «processo civil de menores» não é torná-lo independente a ponto de diferir completamente do modelo processual vigente. De outro modo, é constituir a instância processual de modo a melhor exercer a concretização dos direitos inerentes aos jovens. E mais, é dotar uma *justiça cível* capaz de responder as demandas dos menores —, e não somente fazê-los diminuídos frente uma justiça cível que viabiliza decisões considerando tão somente as partes compostas por adultos.

Ao permitir essa abertura de diálogo entre o «processo civil» e o «direito de menores» o campo jurídico-normativo comunitário da UE estará demonstrando sua capacidade em reconhecer as transformações ocorridas na sociedade, quando busca envolver esses jovens nos melhores resultados e decisões jurisdicionais — ao mesmo tempo em que determina a uniformização jurisprudencial quando do distanciamento jurisdicional dos Estados-Membros dos regulamentos do parlamento da UE.

4.1 Audição de *menores* nos tribunais

A participação dos menores como parte processual nos tribunais sempre se manteve ligada através da «*representação*». Contudo, o modelo de representação processual continuamente impulsionou uma não participação direta — ou seja, um envolvimento distanciado da realidade processual.

Muitos tribunais ignoram a possibilidade de *audição dos menores* em juízo, ou quando aceitam sua participação promovem uma relação dialógica desconectada das peculiaridades em relação à faixa etária, a linguagem adequada e o grau de maturidade desses sujeitos. Há casos em que se verifica a audição dos menores no tribunal apenas como cumprimento de mera formalidade para

participação e a audição da criança; 3) a adolescência, entre os catorze e os dezoito anos, período em que seria aplicável o instituto da assistência, segundo o qual a iniciativa para o acto caberia ao adolescente, mas com o consentimento dos pais ou dos tutores, que actuariam ao lado dos filhos, mas não em substituição ou em nome destes.” (*Op. cit.*, p. 62)

atender o que estabelece a lei. Um caso típico em que os menores são completamente ignorados, quando do divórcio dos pais não são chamados a se pronunciar acerca da preferência com relação à guarda.

Ribeiro²⁷ abre uma perspectiva de investigação acerca dos menores como testemunhas no tribunal, com destaque para uma possibilidade ignorada nesses tribunais quando esses fatores podem maximizar o nível de informação processual e que os menores possuem sobre os fatos.

Atrelado a fatos voltados para a investigação criminal não obsta que essa construção possa vir a ser utilizada como parâmetro de aplicabilidade no processo civil. Um fator relevante destacado por Ribeiro se liga ao fato como esses menores visualizam o cenário judicial²⁸. Define de outro modo um percurso onde habitam a expectativa, a natureza dessa participação e os contornos de vertente experiencial e subjetiva desses menores em juízo.

Contribuição importante para o enlace temático que se pretende alcançar, de onde a audição de menores em juízo reduza os prejuízos que poderiam causar com uma sentença desfavorável, porque não injusta, quando o direito comunitário da UE ignorasse a audição desse menor que geralmente também é parte em juízo.

A atividade jurisdicional do TJUE não se desenvolve de forma impositiva frente os tribunais internos dos Estados-Membros, tendo essencialmente o caráter integrador da jurisprudência da UE. As demandas jurídicas a serem apreciadas pelo tribunal se revelam como integradores da interpretação das normas comunitárias, que o impede de desenvolver uma atividade *ab initio* dos processos cíveis envolvendo cidadãos da UE.

Existem normas internas no TJUE que regulamentam a representação dos menores em demandas processuais. Importa destacar que, como o tribunal unicamente aprecia *questões prejudiciais*, forte é a indicação de que pouco ou quase nunca esse

²⁷ RIBEIRO, Catarina. *A criança na justiça*. trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar. Coimbra: Almedina, 2009, p. 83.

²⁸ *Op. cit.*, p. 85.

recurso de *audiência de menores* será pelo tribunal utilizado.

Estampado no art. 79 dos «Regulamentos Interno e de Processo», TJUE prevê a possibilidade de «debates à porta fechada»²⁹ — deixando de mencionar detalhes procedimentais dessa audiência. O que não impede de uma das partes, dentre eles o menor, ser ouvido pelo juiz-presidente. Não existe impedimento, mas também inexistente previsão imperatividade desta audiência de menores. Apenas o destaque para, caso necessário, os debates ocorrer à porta fechada em busca da preservação e segurança dos Estados-Membros ou proteção dos menores.

Muitas lacunas ainda deverão ser preenchidas pelo legislador da UE em se tratando de uma construção de integração jurisdicional. Os regulamentos são alvo de estudos a partir da jurisprudência do TJUE, que tem atuado sobremaneira com muitas regras e experiências processuais desenvolvidas nos Estados-Membros. Nessas lacunas o trabalho do legislador comunitário encontrará fortes impulsos para o estudo e a mudanças necessárias, no desejo de aperfeiçoar o sistema jurisdicional³⁰ do TJUE, contribuindo dessa forma para um

²⁹ Essa fase processual no TJUE ocorre logo em seguida a fase de instrução. Nesse mister cumpre esclarecer que poderá o juiz-presidente reconhecer a importância da audiência do menor e promovê-la — caso haja possibilidade material para fazê-lo. O ato de realização da «audição do menor» não incorreria processualmente em nenhum fato que viesse a prejudicar o bom andamento processual, pois que este instrumento processual não funciona tão somente como único meio de convencimento do juiz, apesar de representar um espaço importante onde o *menor* envolvido possa utilizar como meio de expressar o seu pensamento. Para tanto, tal procedimento exige o «sigilo dos debates» buscando à proteção dos envolvidos.

³⁰ O parlamento aprovou o Regulamento (UE) N.º 1382/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que cria o Programa «Justiça» para o período de 2014 a 2020. O Programa «Justiça», dentre outras justificativas, objetiva “[...] apoiar os objetivos específicos e as iniciativas emblemáticas da Estratégia Europa 2020 e para facilitar a criação de mecanismos destinados a promover o crescimento, deverá ser desenvolvido um espaço judiciário europeu que funcione corretamente e no qual sejam eliminados os obstáculos nos procedimentos judiciais transfronteiriços e no acesso à justiça em situações transfronteiriças”. Isto representa uma busca do parlamento europeu em desenvolver uma atividade jurisdicional integradora e unificada em torno de suas decisões comunitárias. É neste programa que dá-se início ao desenvolvimento do que designou-se por «integração

modelo integrador mais eficiente.

4.2 A representação processual de menores na União Europeia

A manutenção do modelo tradicional de representação ainda vige com bastante evidência nos tribunais da UE. Característica de dois fatores: (i) ausência de norma comunitária que regule o tema; (ii) possivelmente pela ausência de uma demanda que justifique a adoção e aprofundamento normativo processual.

Nos regulamentos da UE há ausência de regulamentação específica com relação à representação dos menores. Concretamente a previsão legal adotada é bastante genérica, quer seja para os genitores ou representantes do menor, quer para os seus Advogados. Neste aspecto, o TJUE possui uma linha de raciocínio em seu regulamento que se utiliza do modelo processual vigente em grande parte dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

Realça desta maneira o perfil tradicional e imperativo do direito de família, como que exigir representação como ausência de capacidade processual dos menores. Desenvolve uma tendência de impossibilitar ou mesmo dificultar ao máximo o acesso direto aos tribunais, por parte desses menores, na busca de seus próprios interesses.

Um exemplo recente de *representação processual* no TJUE pode ser observado no caso «Carlos Garcia Avello contra o Estado Belga»³¹, quando os genitores representaram os filhos menores na defesa de seus direitos e perseguiram no tribunal um resultado favorável que respeitasse as normas do direito comunitário.

5 CONCLUSÃO

A possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais se concretiza a partir de um quadro legal consolidado e das construções interpretativas impressas nas decisões dos tribunais. E

horizontal» — que dentre os seus objetivos encontra-se a promoção dos *direitos das crianças*.

³¹ Acórdão do Tribunal de 2 de outubro de 2003 — Processo C-148/02.

isto significa que torna-se imperioso o acesso aos tribunais como forma de alcançar os objetivos jurídicos perseguidos.

No seu aspecto jurídico a «*justiça civil de menores*» representa a concretização de um direito fundamental de acesso à justiça. Desse modo não se limita apenas e tão somente a «audição da criança» no tribunal, ou mesmo a utilização de uma arquitetura que se adeque a faixa etária do sujeito.

O debate acerca da relação dos menores como parte nos tribunais ainda está restrito a detalhes que se circunscrevem a objetivos distanciados do verdadeiro significado de uma participação efetiva nas decisões jurisdicionais. Há uma necessidade em aprofundar criticamente os objetos de investigação no *corpus* da capacidade judiciária e da competência judicial.

Questões que se colocam em evidência quando se desencadeiam raciocínios acerca da «constitucionalização do direito internacional», da convergência de um painel de cooperação judicial e dos instrumentos constitucionais dos direitos fundamentais como «imperativos de tutela» na relação com o direito material privado.

Esses instrumentos estão reunidos em certa medida no percurso realizado no direito comunitário. O Regulamento (UE) N.º 1382/2013 aponta na direção que reconhece os menores como sujeitos detentores de um perfil que não devem ser ignorados no processo de *integração horizontal* da justiça.

Ao avançar na perspectiva da «justiça civil de menores» as questões da autonomia deste ramo jurídico despontam como reais condutoras de valorização constitucional, quando permite não somente democratizar o acesso à justiça —, mas alçá-la a condição de vinculação ao elemento finalístico dos direitos fundamentais em sua essência.

Limitar o diálogo sobre a participação dos menores nos tribunais apenas a sua audição ou, em outro aspecto, debater a importância de preparar uma sala visualmente adequada é distanciar-se do real propósito de acesso à justiça.

A autonomia do *direito de menores* desponta não somente no direito material, mas este impulsiona mecanismos de sua prevalência com características e procedimentos próprios para um

modelo efetivo de jurisdição. Sem o que os efeitos paliativos de uma busca que desconsidera os princípios constitucionais apenas reforçará os quatros jurídicos tradicionais, onde todas as questões serão decididas a partir dos parâmetros do *direito de família*.

Em que reste significativo a quantidade crescente de normas comunitárias que tenta enfrentar estas questões, ainda não se pode afirmar que já existe um desenho em que os Estados-Membros se apoie na concretização desse modelo de tribunal. As expectativas é de um exercício contínuo que possam levá-los a ampliar os efeitos dos direitos fundamentais num grau capaz de apresentar meios jurisdicionais para alcançar os objetivos para uma concretização da *«justiça civil de menores»*.

Avanços e recuos neste modelo de *justiça civil* têm impulsionado investigações na direção de provocar criticamente os questionamentos de uma plataforma jurisdicional que transponha os direitos fundamentais dos menores da cartilha jurídica de vinculações com o direito de família e passe a executá-la de forma autônoma.

6 REFERÊNCIAS

- Acórdão do Tribunal de 2 de outubro de 2003, Processo C-148/2, Carlos Avello contra Estado Belga. Disponível em: <<http://bit.ly/2jN6moS>> Acesso em: 16 jun. 2015.
- CAMPOS, João Mota de, PEREIRA, António Pinto, CAMPOS, João Luiz Mota de. *O direito processual da união europeia: contencioso comunitário*. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2014.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2012.
- CAPELO, Maria José. *Interesse processual e legitimidade singular mas ações de filiação*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DONATI, Donatella. Il tribunale per la persona, i minorenni e le relazioni familiari: una riforma necessaria per una democrazia evoluta. *La Magistratura*, Roma, Anno: LXIII, n. 3-4, p. 95, Luglio-Dicembre, 2014. Disponível em : <<http://bit.ly/2ionxHY>> Acesso em: <10 janeiro 2017>.

- HABERMAS, Jürgen. *Ensaio sobre a constituição da Europa*. Trad. Marian Toldy e Tereza Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012.
- MACHADO, Jónatas. *Direito da União Europeia*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 7.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOURA RAMOS, Rui Manoel. *Estudos de direito internacional privado da União Europeia*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- POMODORO, Livia, GIANNINO, Paolo, AVALLONE, Piero. *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*. Torino: UTET, 2010.
- PORTUGAL. Lei N.º 62/2013, Lei de Organização do Sistema Judiciário. *Diário da República*, 1.^a série, N.º 163, Lisboa, Portugal, 14 ago. 2013, p. 5114-5145. Disponível em: <<http://bit.ly/2jN2OCW>> Acesso em: <10 jan. 2017>.
- RIBEIRO, Catarina. *A criança na justiça: trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SOTTOMAYOR, Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento de processo do Tribunal de Justiça, de 24 de setembro de 2012. *Jornal Oficial da União Europeia*. Luxemburgo, 25 set. 2012, p. L 265/1-L 265/42. Disponível em: < <http://bit.ly/2jN6Kn6> > Acesso em: <10 jan. 2017>.
- _____. Regulamento (UE) N.º 1382/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de dezembro de 2013, que cria o Programa «Justiça» para o período de 2014 a 2020. *Jornal Oficial da União Europeia*. Luxemburgo, 28 dez. 2013, p. L 354/73-L 354/83. Disponível em: <<http://bit.ly/2ioIJxu>> Acesso em: <10 jan. 2017>.

EXECUÇÃO FISCAL NO DIREITO COMPARADO

Ramon Rocha Santos¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a Execução Fiscal no Direito Comparado com vistas a uma reflexão acerca do modelo brasileiro de cobrança dos créditos tributários plasmado na Lei nº 6.830/80. Sem a pretensão de esgotar o tema, analisa-se o modelo brasileiro de cobrança dos créditos tributários a partir da análise dos diferentes modelos adotados em alguns países (Espanha, Argentina, Chile, Peru, Venezuela, Bolívia, México, Estados Unidos, França e Portugal), na tentativa de compreender os problemas atualmente existentes e motivar o debate sobre possíveis novos rumos para a execução fiscal no Brasil, oferecendo propostas alternativas para, a um só tempo, otimizar a cobrança dos créditos públicos e solucionar um dos principais gargalos da Justiça brasileira.

Palavras-chave: Execução. Fiscal. Direito Comparado.

FISCAL PERFORMANCE IN COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

This work has the scope to analyze the Tax Enforcement in Comparative Law with a view to a reflection on the Brazilian model for the collection of tax credits enshrined in Law No. 6,830 / 80. Without pretending to exhaust the topic, it analyzes the Brazilian model for the collection of tax credits from the analysis of the different models adopted in some countries (Spain, Argentina, Chile, Peru, Venezuela, Bolivia, Mexico, United States, France and Portugal), in an attempt to understand the currently existing problems and motivate the debate on possible new directions for tax enforcement in Brazil, offering alternative proposals, at the same time, optimize the collection of public debts and solve one of the major bottlenecks Brazilian Justice.

Keywords: Execution. Tax. Comparative Law.

¹Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Graduado em Direito pela Universidade Salvador (2003). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2006). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2011). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2012). Procurador do Município de Aracaju. Advogado. Auditor do Pleno do TJD/SE. Professor do curso de Direito da Faculdade Pio Décimo desde 2012. Professor Substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe – UFS. Coordenador da Pós-graduação em Direito Tributário da Universidade Tiradentes (UNIT).

1 INTRODUÇÃO

A ideia de redação de um texto sobre a *Execução Fiscal no Direito Comparado* surgiu a partir da necessidade de uma análise aprofundada acerca do modelo brasileiro de cobrança dos créditos tributários plasmado na Lei nº 6.830/80.

De acordo com dados obtidos do relatório Justiça em Números 2016², os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e apresentaram congestionamento de 91,9%, o maior dentre os tipos de processos analisados neste relatório.

Entretanto, apesar da sua expressividade e do grande impacto sobre o congestionamento judicial, o nosso modelo de execução fiscal não costuma ser objeto de pesquisas e estudos mais aprofundados.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o objetivo do presente trabalho é refletir acerca do modelo brasileiro de cobrança dos créditos tributários a partir da análise dos diferentes modelos adotados em alguns países (Espanha, Argentina, Chile, Peru, Venezuela, Bolívia, México, Estados Unidos, França e Portugal), na tentativa de compreender os problemas atualmente existentes e motivar o debate sobre possíveis novos rumos para a execução fiscal no Brasil, oferecendo propostas alternativas para, a um só tempo, otimizar a cobrança dos créditos públicos e solucionar um dos principais gargalos da Justiça brasileira.

² CNJ. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

2 EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL

No Brasil, a cobrança dos créditos tributários encontra-se regulada pela Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Trata-se de um modelo centrado exclusivamente na atuação do Poder Judiciário.

O procedimento executivo no Brasil tem início com o ajuizamento da execução fiscal, que pressupõe a existência de um crédito líquido e certo consubstanciado em uma certidão de dívida ativa. Após o ajuizamento, o devedor é citado para pagar o débito ou oferecer garantias à execução (art. 8º). Havendo o pagamento, encerra-se o procedimento executivo, com a extinção do crédito tributário. Garantida a execução, o executado poderá opor embargos para discutir a cobrança judicial (art. 16, §1º). Se não houver pagamento nem garantia da execução, será procedida a penhora de bens suficientes para saldar a execução, por determinação do juízo (art. 10).

Este é, em linhas gerais, o procedimento da execução fiscal no Brasil. Na prática, entretanto a cobrança judicial revela-se bastante tormentosa e, no mais das vezes, infrutífera. Várias são as razões. A própria fase prévia de conclusão do processo administrativo de constituição do crédito tributário, com o esgotamento das instâncias administrativas e os procedimentos ulteriores de apuração da liquidez e certeza do crédito que irão redundar na inscrição em dívida ativa demandam um tempo considerável para que possa ser então ajuizada a execução fiscal.

O longo lapso temporal entre a ocorrência do fato gerador e o efetivo ajuizamento da execução fiscal torna bastante difícil a realização das duas etapas fundamentais para o sucesso dos executivos fiscais: a localização do devedor para que ocorra a sua citação e a identificação de patrimônio em valor suficiente para quitação das obrigações tributárias.

Além disso, o congestionamento e a morosidade do Poder Judiciário contribui decisivamente para o fracasso do nosso modelo de cobrança dos créditos tributários.

De acordo com pesquisa realizada pelo IPEA em parceria com o CNJ³, do ajuizamento da ação de execução fiscal à simples autuação do processo transcorrem, em média, 117 dias. Da autuação ao despacho inicial são necessários mais 66 dias. Do despacho até que se ordene a citação, mais 28 dias. A partir de então, gasta-se, em média, mais 1.287 dias em tentativas para se encontrar o executado. Em seguida, são necessários mais 540 dias até que se localize o patrimônio do devedor e seja realizada a penhora.

³ CNJ. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

Em suma, o nosso modelo judicial de execução fiscal, consome em média três anos e meio para se localizar o devedor e, mais aproximadamente um ano e meio para se encontrar o seu patrimônio.

Isto, sem levar em consideração outras etapas da ação de execução fiscal nos casos em que são apresentados os embargos à execução. O julgamento dos referidos embargos consome, em média, 1.566 dias. Cada recurso interposto, mais 507 dias. O leilão, por sua vez, outros 743 dias⁴.

Somadas essas e outras etapas, a duração média de um processo de execução fiscal é de 2.989 dias ou, seja, mais de 8 anos. Considerando todo esse tempo e os altos custos ligados à estrutura do Poder Judiciário, cada ação consome, em média, R\$ 4.685,39⁵.

Some-se a isso o fato de que os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 75% das execuções pendentes no Poder Judiciário. Os processos desta classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91,9%, ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2015, apenas 8 foram baixados.⁶

Estes dados, por si só, revelam a falência do nosso modelo judicial de execução fiscal que precisa ser urgentemente revisto. Para tanto, procuraremos compreender a experiência do direito comparado, com análise de modelos administrativos e semi-judiciais de cobrança do crédito tributário.

⁴ CNJ. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

⁵ CNJ. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

⁶ CNJ. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

3 EXECUÇÃO FISCAL NO DIREITO COMPARADO

A opção por uma análise comparada do processo de execução fiscal decorre da necessidade de se estabelecer um parâmetro do que seria um processo eficiente de cobrança dos créditos tributários.

De acordo com THURONYI⁷, o estudo comparado do direito tributário é extremamente relevante para analistas de políticas públicas e legisladores na medida em que permite o aprimoramento do modelo nacional a partir conhecimento do contexto internacional. A experiência comparada é importante para analisar propostas de reformas de sistemas locais.

Ainda de acordo com o referido autor, uma abordagem comparativa permite aprender sobre novas possibilidades pelo estudo de práticas reais, ou seja, convencer pelo exemplo.⁸

Dessa forma, na medida do possível, faremos uma descrição sumária dos diversos modelos de cobrança dos créditos tributários para, ao final, concluir por possíveis contribuições que esses exemplos possam dar ao direito brasileiro.

3.1 ESPANHA

Na Espanha, a execução fiscal (*procedimento de apremio*) é regulada por uma Lei Geral Tributária⁹ (*Ley General Tributaria*) – notadamente os artigos 160 a 172 - cujo conteúdo temático guarda algumas semelhanças com o nosso Código Tributário Nacional por estabelecer normas gerais e definidoras em matéria tributária.

A execução fiscal, entretanto, se processa exclusivamente na esfera administrativa, cabendo à Administração Tributária apreciar e resolver todos os incidentes relacionados à cobrança do crédito tributário.

É expressamente vedado o processamento judicial da execução fiscal, que também não poderá ser cumulada com outros procedimentos de execução.

O processo de cobrança contempla duas fases: uma primeira fase, chamada de *período voluntário*, na qual o contribuinte recolhe voluntariamente o que a Administração lhe exige, nos termos da legislação; e uma segunda fase, denominada de *período executivo*, em que o devedor ainda pode recolher espontaneamente os valores exigidos pela Administração ou submeter-se a um procedimento administrativo de execução fiscal - *procedimento de apremio*.

⁷ THURONY, Victor. **Comparative tax law**. Londres: Kluwer Law International, 2003, p. 1.

⁸ THURONY, Victor. **Comparative tax law**. Londres: Kluwer Law International, 2003, p. 3.

⁹ Todos os textos legais estrangeiros aqui estudados estão disponíveis na rede mundial de computadores e foram acessados a partir do site <www.lexadin.nl>.

A legislação espanhola confere amplos poderes e prerrogativas à autoridade fiscal para a cobrança do crédito tributário. O agente fiscal possui livre acesso a documentos que guardem relação com o objeto da investigação podendo, inclusive, adotar medidas cautelares no interesse do fisco.

3.2 ARGENTINA

Na Argentina, a execução fiscal é regulada pelo Decreto nº 821/98, que aprova o conteúdo da Lei nº 11.683/78. Não se trata de um diploma normativo que cuide exclusivamente da execução fiscal, tal como ocorre no Brasil.

O modelo de execução fiscal argentino possui duas fases: uma administrativa e outra judicial, com preponderância nos atos da Administração. Existe ainda a previsão de um Tribunal Fiscal, com competência para a apreciação de matérias em grau de recurso.

A execução fiscal é proposta no âmbito administrativo pelo próprio agente fiscal, que possui amplos poderes para a realização de penhora, citação e adoção de medidas cautelares que se revelem necessárias. É conferida ainda a prerrogativa de fechamento de estabelecimentos por parte da autoridade fiscal quando houver indícios de que não haverá o recolhimento do tributo.

A defesa do executado é realizada também na esfera administrativa, sendo limitadas as matérias passíveis de arguição. O Tribunal Fiscal aprecia as matérias em grau de recurso, sendo-lhe vedada a apreciação de constitucionalidade de lei.

É assegurada ainda a possibilidade de ajuizamento de uma ação ordinária por parte do contribuinte para discutir o crédito tributário que está sendo cobrado.

Trata-se, portanto, de um modelo híbrido (semi-judicial), com procedimentos realizados tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa, com preponderância desta última.

3.3 CHILE

O modelo de execução fiscal chileno (*cobro ejecutivo de las obligaciones tributarias de dinero*), caracteriza-se pela existência de duas fases bem distintas: uma administrativa e uma judicial.

Em um primeiro momento, a cobrança é realizada no âmbito administrativo pelas agências fiscais (*Servicios de Tesorerías*), a quem são conferidos amplos poderes para realizar a cobrança forçada mediante penhora e posterior leilão dos bens, podendo ainda

requerer procedimentos especiais, inclusive relativos à restrição de liberdade do contribuinte devedor.

Em um segundo momento, a execução é processada pela via judicial, sendo conduzida por advogados públicos (*abogados provinciales*). Na esfera judicial, a matéria é regulada pelo Código Tributário chileno, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A execução fiscal é instruída, ainda no âmbito administrativo, por um título executivo extrajudicial que consiste em documento de cobrança confeccionado pela autoridade fazendária (*Tesorero Comunal*). À autoridade fazendária máxima (*Tesorero General de la República*) compete a articulação de um conjunto de ações e diligências administrativas no interesse do fisco, a quem é conferida ainda a discricionariedade para dispensa de execuções de pequeno valor ou cuja cobrança seja considerada imprestável a partir de uma análise de custo e benefício em decisão fundamentada.

A execução fiscal é conduzida na esfera administrativa pelo agente fiscal local, que atuará como “juiz presidente do feito”. É ele que notifica pessoalmente o devedor, não havendo necessidade de notificação mediante oficial de justiça. A penhora é ampla, admitindo-se, inclusive, a penhora do salário do executado dentro de certos limites que assegurem ao devedor o mínimo necessário para a sua sobrevivência.

É assegurado ao executado o direito de contestar administrativamente a execução junto ao órgão local competente, no prazo de 10 dias contados a partir da notificação para o pagamento. A esta defesa dá-se o nome de *oposição* sendo identificadas algumas semelhanças com o nosso modelo de embargos à execução que se opera, entretanto, apenas no âmbito judicial. As matérias de defesa que podem ser deduzidas são limitadas, aplicando-se, neste particular, o Código de Processo Civil chileno.

Ao apreciar a *oposição*, a autoridade administrativa somente poderá acolhê-la ou inferi-la. Em caso de acolhimento, encerra-se o procedimento, nos termos da pretensão do oponente; acaso não seja acolhida a pretensão, não poderá sobre ela se manifestar, devendo encaminhar o processo ao advogado provincial (representante do fisco), a quem cabe dar continuidade ao feito, a partir de então na esfera judicial.

Passados 5 dias após o recebimento dos autos, o advogado provincial – que possui competência para atuar em todos os feitos envolvendo matéria tributária – deverá encaminhar a execução fiscal para a autoridade judiciária (*Juiz de Letras*), que equivale, no direito brasileiro, à primeira instância da justiça comum. Em caso de recurso, deverá haver o depósito de 25% do valor da execução e a matéria será apreciada em segunda instância pela *Corte de Apelação* competente.

O referido depósito, entretanto, não representa condição para o processamento do recurso. Acaso não seja realizado, a apelação será processada normalmente, entretanto sem suspender a execução, que correrá de modo provisório.

3.4 PERU

O Peru adota o modelo administrativo de cobrança dos créditos tributários, assegurando-se ao executado recorrer ao Poder Judiciário após o esgotamento das instâncias administrativas.

A matéria encontra-se regulada no Código Tributário peruano, sendo a execução fiscal de competência da *Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT)*. A execução é proposta e conduzida por um *ejecutor administrativo*, bacharel em Direito que, a um só tempo, atua como representa a fazenda pública e julgador, dispondo de auxiliares denominados de *auxiliares coativos*.

O procedimento de cobrança administrativo é instruído com documentos demonstrativos do débito, não se exigindo necessariamente uma “certidão da dívida ativa”, tal como ocorre no direito brasileiro.

O *ejecutor* possui amplos poderes para conduzir o feito (realização de penhora; leilão; intervenção na empresa executada; retenção de bens, valores, fundos, saldos de contas correntes e depósitos), podendo, inclusive, implementar medidas cautelares no interesse do fisco como o arrombamento das instalações do devedor.

Também é assegurado ao *ejecutor* a dispensa do procedimento de cobrança de determinados débitos, justificada por motivo de economia processual.

A decisão em última instância na esfera administrativa compete a um Tribunal Fiscal e, esgotada a discussão na esfera administrativa, é facultado ao contribuinte provocar o Poder Judiciário.

3.5 VENEZUELA

Na Venezuela, apesar da existência de um modelo de contencioso administrativo, a execução fiscal é processada basicamente no âmbito judicial, de forma semelhante ao modelo brasileiro. A matéria encontra-se regulada no Código Tributário Orgânico, de 24 de maio de 1994, que disciplina todo o modelo tributário venezuelano, em suas linhas gerais, a exemplo do que ocorre no Brasil, cujas normas gerais estão previstas substancialmente no Código Tributário Nacional.

A execução fiscal é instruída com um título executivo, que pode ser qualquer documento que faça prova dos créditos que a Administração pretende receber, exigindo-se, todavia, o preenchimento de alguns requisitos, em modelo que lembra o art. 3º da Lei de Execução Fiscal brasileira (Lei 6.830/90).

O procedimento de cobrança se inicia com uma petição inicial na qual já é possível o requerimento de penhora. Em seguida, é realizada audiência na qual é conferido ao devedor o prazo de 5 dias para recolhimento do valor que o fisco entende como devido. No mesmo prazo, o devedor poderá impugnar a execução, sendo que as matérias de defesa constituem um rol limitado.

A inércia do devedor dá ensejo à realização de leilão dos bens penhorados, sendo que a hasta pública é sempre precedida de avaliação na qual é ofertada a possibilidade de impugnação por parte do fisco e do executado.

É assegurado ao fisco a adoção de medidas cautelares (mediante autorização judicial) antes mesmo do ajuizamento da execução fiscal, em um modelo semelhante à ação cautelar fiscal do direito brasileiro. As referidas medidas possuem prazo de duração: 90 dias prorrogáveis por igual período.

Ao contribuinte é assegurada ainda uma ação própria (*acción de amparo*) para questionar e discutir eventual demora ou ilegalidade do fisco.

3.6 BOLÍVIA

A Bolívia adota o modelo administrativo de cobrança dos créditos tributários. A matéria encontra-se regulada no Código Tributário Boliviano (Lei nº 2.492/2002), que traz as normas gerais em matéria tributária naquele país.

A execução fiscal possui rito próprio. A supremacia do executivo fiscal não permite que a execução fiscal seja processada conjuntamente com outras cobranças ou feitos judiciais. A execução fiscal também não se suspende em função da tramitação de outros processos judiciais.

A Administração Tributária possui competência para apreciar todos os incidentes do processo administrativo, possuindo amplos poderes, estando, inclusive, autorizado a tomar medidas preparatórias de coação (proibição de negociação ou transferência de bens por parte do executado, retenção de pagamentos efetuados por terceiros, proibição de negociação com a Administração Pública, fechamento do estabelecimento do executado, entre outras).

São vários os documentos capazes de qualificar um título executivo (auto de infração, decisão administrativa não mais passível de reforma, decisão judicial), sendo certo, porém,

que a execução fiscal será processada sempre na via administrativa, mesmo quando o título executivo for uma decisão judicial.

O Ministério da Fazenda, devidamente provocado pelas agentes da Administração, pode estabelecer quantias mínimas que dispensam o manejo da execução fiscal por razões de economia processual.

Ao devedor, é assegurado o direito de impugnação (sempre na esfera administrativa), sendo que as matérias de defesa passíveis de arguição são bastante limitadas.

3.7 MÉXICO

No México, a execução fiscal é processada na via administrativa (*procedimento administrativo de ejecucion*) e encontra-se regulada por três textos normativos básicos: o Código Fiscal da Federação, a Lei Federal de Procedimento Administrativo e a Lei Orgânica Federal de Justiça Fiscal e Administrativa.

No modelo mexicano, a autoridade fiscal possui amplos poderes, sendo possível, inclusive, a penhora provisória (*embargo precautorio*) sobre bens do contribuinte em relação aos créditos fiscais ainda não exigíveis quando a juízo da autoridade fazendária, houver perigo iminente de manobra tendente a evadir-se do cumprimento da obrigação tributária.

A autoridade fiscal também está autorizada a indisponibilizar administrativamente os bens do devedor em circunstâncias específicas (irregularidades, desaparecimento do devedor ou recorrente falta de colaboração).

Os incidentes e recursos são apreciados pela própria Administração. Também é facultada à Administração deixar de cobrar os de débitos tributários sempre que o custo da cobrança atingir 75% do crédito perseguido.

A execução fiscal administrativa tem início 45 dias após a notificação regular do devedor, sendo este prazo reduzido para 15 dias em se tratando de contribuições patronais ou de contribuições de seguro social. Em caso de não pagamento, haverá a possibilidade de penhora e leilão pela própria Administração

Em caso de recurso, a matéria é apreciada pelo Tribunal de Justiça Fiscal Administrativa, que não é integrante do Poder Judiciário, fixando-se como corte administrativa.

3.8 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos da América, a cobrança dos créditos tributários pode ser feita tanto pela via administrativa (*administrative collection procedure*) quanto pela via judicial (*foreclosure action*). Na prática, entretanto, adota-se o modelo administrativo por revelar-se mais célere, ágil, eficiente e menos custoso.

Neste modelo, existe uma grande margem de discricionariedade por parte dos agentes fiscais que, na busca do equilíbrio entre custo e benefício, podem abdicar da cobrança de determinados créditos e concentrar a sua atuação em face daqueles mais relevantes ou cuja recuperação se revele mais factível.

A autoridade fazendária possui amplos poderes constrictivos e a legislação penal norte-americana fomenta a cobrança pela via administrativa, na medida em que estabelece penas severas para o não recolhimento do tributo.

Vinga nos Estados Unidos o conceito de *Voluntary Compliance* de maneira que o recolhimento do tributo configura-se como uma obrigação que qualifica o dever fundamental do cidadão. O lançamento tributário revela-se, portanto, como ato perfeito e acabado, raramente sendo objeto de discussão em juízo.

O procedimento se inicia com a inscrição do débito (*assessment of tax*) que consiste na anotação da dívida em uma lista oficial de devedores. Após a referida inscrição, o fisco tem o prazo de 60 dias para notificar o contribuinte para o pagamento do tributo no prazo de 10 dias, estando a fazenda pública a penhorar administrativamente contas bancárias, salários ou bens do devedor em caso de não pagamento e, eventualmente, realizar a venda em leilão.

A lei confere um prazo de 10 anos para cobrança dos créditos tributários, administrativa ou judicialmente. A cobrança dos créditos tributários pela via judicial, apesar de possível, é bastante rara nos Estados Unidos em virtude da já aventada celeridade e eficiência da execução administrativa. A propositura da ação judicial (*foreclosure action*) depende de expressa autorização do secretário do tesouro, sendo o feito conduzido pelo procurador-geral ou por alguém por ele designado.

3.9 FRANÇA

Na França, a cobrança dos créditos tributários também é processada essencialmente administrativo. A execução fiscal é conduzida diretamente pelas autoridades tributárias, cuja competência, função e alcance estão definidos em um Código de Procedimento Fiscal (*Livre de Procedures Fiscales*).

O modelo francês supõe que o recolhimento de tributos é voluntário e espontâneo, aproximando-se da ideia do *voluntary compliance* do sistema norte americano. O não

recolhimento do tributo, entretanto, demanda uma atuação enérgica e contundente por parte do fisco.

A execução fiscal administrativa na França funda-se em títulos executivos (*titres exécutoires*) confeccionados pela própria Administração. Os referidos títulos, a exemplo do que ocorre nos demais países, valores possuem presunção (*juris tantum*) de liquidez e certeza. A legislação francesa prevê um rol taxativo de documentos passíveis de instruir a execução fiscal: ordens administrativas (*arrêts, états*), certidões indicativas de dívida fiscal (*roles*) avisos de cobrança (*avis de mise en recouvrement*) e determinação de ente público para a cobrança de receita de que é titular (*titres de perception ou de recettes*).

O procedimento de cobrança se inicia com a notificação de inscrição (*avis d'imposition*) que deve ser enviado em envelope fechado ao devedor com a especificação do tributo, valores e data limite para pagamento). Após a notificação, se não houver o recolhimento do tributo no prazo assinalado ou a apresentação de impugnação, o auditor fiscal (*comptable du Trésor*) deverá encaminhar ao contribuinte uma carta de lembrança (*lettre de rappel*), reiterando a existência do débito.

Passados 20 dias do recebimento da carta de lembrança sem que tenha havido o pagamento do tributo, o agente fiscal dará início ao procedimento de penhora, nos termos do Código de Processo Civil francês, que é, na hipótese, o instrumento normativo aplicável.

As medidas constritivas são realizadas no âmbito administrativo por agentes devidamente habilitados que exercem funções semelhantes às desempenhadas pelo oficial de justiça do direito brasileiro e a defesa do contribuinte também se processa na esfera administrativa.

3.10 PORTUGAL

Em Portugal, a cobrança dos créditos tributários é regulada por três diplomas normativos: uma Lei Geral Tributária, um Código de Procedimento Tributário e um Estatuto dos Tribunais Administrativos Fiscais.

No modelo português, o rito da execução fiscal é desenhado pelo Código de Procedimento Tributário, atribuindo-a uma feição eminentemente administrativa, não obstante a previsão contida no art. 103 da Lei Geral Tributária que indica que “o processo de execução fiscal possui natureza judicial.”

É outorgado ao fisco um amplo conjunto de providências cautelares na proteção de créditos de natureza duvidosa, havendo resquícios do princípio inquisitório, uma vez que todas as diligências são realizadas pela própria Administração, que exerce

concomitantemente as competências relativas ao andamento, julgamento e desdobramento das execuções fiscais.

A execução fiscal, denominada de *cobrança coercitiva*, pode ser instruída com outros documentos além da certidão de dívida ativa. Desdobra-se em dois ambientes burocráticos: os órgãos de fiscalização e os tribunais tributários.

É ofertada ao executado a possibilidade de contestação da cobrança por meio de oposição. O representante da Fazenda Pública possui o prazo de 10 dias – que pode ser prorrogado para 30 dias – para contestar a oposição.

O julgamento em 1ª instância é realizado pelos órgãos denominados de periféricos e regionais. Acima deles, existem os tribunais tributários de 1º instância. Os recursos são encaminhados e julgados pelos tribunais administrativos, que é composto por três órgãos superiores: os Tribunais Tributários, o Tribunal Central Administrativo e o Supremo Tribunal Administrativo, sendo este último o órgão superior na hierarquia dos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal.

5 CONCLUSÕES

No presente trabalho, foram analisados os modelos de cobrança dos créditos tributários no Brasil e em dez países eleitos para pesquisa: Espanha, Argentina, Chile, Peru, Venezuela, Bolívia, México, Estados Unidos, França e Portugal.

Da comparação com os países analisados, notou-se que o Brasil é o único que adota o modelo judicial de cobrança. Em todos os outros, a execução fiscal é administrativa ou semi-judicial (uma fase administrativa e outra judicial).

Diante desta constatação, considerando a pouca efetividade do nosso modelo e os dados constantes do relatório “Justiça em números” elaborado pelo CNJ em 2016, no sentido de que os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, a primeira conclusão a que chegamos é a de que é necessária a desjudicialização da execução fiscal no Brasil, o que demandaria a elaboração de uma nova legislação a respeito.

A propósito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.412/2007, de autoria do deputado Régis de Oliveira, que altera o regime de execução fiscal no Brasil para transformá-lo em um modelo de execução administrativa. A este projeto foram oferecidos três substitutivos do Poder Executivo (PL 5.080/2009, 5.081/2009 e 5.082/2009) que dispõem, respectivamente, sobre a cobrança administrativa da dívida ativa, o oferecimento de garantias na cobrança e a transação em matéria tributária.

Ainda tomando como referência os modelos do direito alienígena, revela-se como necessária, para fins de otimização da arrecadação, a modificação da legislação de maneira a permitir a dispensa do ajuizamento da execução fiscal na hipótese de ausência de patrimônio do devedor (ajuizamento inteligente) e nas hipóteses em que o valor a ser cobrado aproximar-se do próprio custo decorrente da cobrança (ajuizamento racional).

Diante desta nova perspectiva, torna-se necessária a criação de um Tribunal Administrativo com competência para processar e julgar os feitos executivos fiscais, a exemplo do que ocorre nos demais países que adotam o modelo administrativo ou semi-judicial de cobrança.

Estas são apenas algumas conclusões adotadas no presente trabalho, limitadas pelo cote temático realizado, de maneira que não se revelam incompatíveis com outras sugestões de aprimoramento da cobrança do crédito tributário, a exemplo das audiências de conciliações prévias em execuções fiscais e do protesto da dívida tributária que já se apresenta como uma realidade na União e em alguns Estados e Municípios.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARROS, Humberto Gomes de. **Execução Fiscal Administrativa**. Brasília: Revista CEJ, 2007.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2013.
- BORGES, José Souto Maior. Da estrutura à função no direito tributário – sobre o pensamento complexo. **Direito tributário: questões atuais**. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito Tributário, p. 259-270, 2013.
- BRASIL. Lei nº 5.172/1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em 21/10/2016.
- _____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21/10/2016.
- _____. **Decreto-lei nº 960/1938**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm. Acesso em 21/10/2016.
- _____. **Lei nº 6.830/1980**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm. Acesso em 21/10/2016.
- BRITO, Edvaldo. Aspectos constitucionais da tributação. *In: As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Gandra (coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- _____. **Direito tributário e constituição: estudos e pareceres**. São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. **Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. v. 1. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CNJ. **Justiça em números 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em 21/10/2016.

_____. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CONRADO, Paulo Cesar. **Execução fiscal**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). **Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União**. Brasília: IPEA, 2013.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e "due process of law"**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FALCÃO, Amílcar da Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Introdução ao Direito Tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GIANNINI, Achille Donato. **I concetti fondamentali del diritto tributario**. Torino: Torinese, 1956.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Execução fiscal administrativa no direito tributário comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAPPERHAUS, Ferdinand H. M. **Tax tales from the Second Millenium**. Amsterdam: IBFD, 2009.

JARACH, Dino. **El Hecho Imponible**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOURA, Arthur. **Lei de execução fiscal – comentada e anotada**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THURONY, Victor. **Comparative tax law**. Londres: Kluwer Law International, 2003.

